

ARIANE COSTA GUIMARÃES

**COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE
COLABORAR PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA RELAÇÃO
ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE**

Tese de Doutorado apresentada
como requisito parcial para obtenção do
título de Doutora em Direito e Políticas
Públicas do UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do
Amaral Junior

BRASÍLIA

2017

ARIANE COSTA GUIMARÃES

**COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE
COLABORAR PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA RELAÇÃO
ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE**

Tese de Doutorado apresentada
como requisito parcial para obtenção do
título de Doutora em Direito e Políticas
Públicas do UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do
Amaral Junior

Brasília, ____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Presidente

2º. Membro

3º. Membro

4º. Membro

5º. Membro

*A Deus,
ao meu filho, Aaron Guimarães Loyola,
à minha mãe, Ângela Silvia Costa de Paula
à minha avó, Isaura da Costa,
ao meu pai, in memoriam, José Jorge Guimarães,
ao meu padrasto, Silvio Cesar Calhares,
Vocês são a minha razão de viver, o começo, o meio e o recomeço.*

AGRADECIMENTOS

A tarefa de agradecer aos amigos pelo resultado final de um trabalho é sempre injusta, pois, certamente, não são todos os contribuintes dessa tarefa a serem lembrados neste momento. Os mais próximos constarão do descritivo, mas, com toda a certeza, outros serão esquecidos e é deles de quem me desculpo neste parágrafo introdutório.

Início, pois, o agradecimento resgatando aqueles mais próximos desde o princípio na atividade acadêmica. Na graduação em Direito no UniCEUB, em 2008, agradeço aos professores e amigos na pessoa do hoje Professor André Gontijo, companheiro de grupo de estudos em Direito Constitucional e com quem compartilho, até hoje, angústias e alegrias. Também agradeço quem primeiramente me orientou no ofício junto à Procuradoria Geral da República, Subprocurador Geral da República, Antônio Fonseca, que me acolheu com carinho e paciência, tornando-se amigo e com quem troco constantemente dúvidas e impressões sobre a vida.

Adiante, devo agradecer ao meu orientador de Mestrado, concluído em 2011, Professor Frederico Barbosa, sociólogo, crítico, dotado de compreensão humanista de mundo, perceptivo das relações políticas e das interferências nos processos os quais se propõe a estudar. Não poderia deixar de referenciar Thalita Lima, uma amiga entusiasta, sincera e fiel, que percorreu trilhas semelhantes às minhas, seja do ponto de vista pessoal, como acadêmico, e que hoje apoia Desembargadores no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Lembro, igualmente, de Roberto Freitas Filho, professor e amigo, que me concedeu a primeira oportunidade de lecionar Direito Tributário no curso de graduação do UniCEUB em fevereiro de 2011. Por fim, faço registro da significativa influência da Professora e Ministra Maria Elizabeth Guimarães, que me proporcionou a generosa oportunidade de escrever capítulo no seu livro “Direito do Mercosul”. Realço que sua história na construção do desempenho profissional de mulheres no mercado jurídico muito me orgulha e me motiva rotineiramente.

Igualmente, não posso deixar de mencionar o advogado Vinicius Junqueira, que me apresentou o Professor Albert Lauber em Georgetown University, me recebeu na curta e proveitosa, mas inesquecível, temporada de estudos naquela

universidade no ano de 2011, quando atendi o Programa de *Visiting Researcher* naquela instituição.

Agradeço, igualmente, meu amigo e ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que, generosamente, prefaciou meu livro publicado em 2014, cujo tema diz respeito aos preços de transferência e sua dinâmica quanto às alterações legislativas promovidas no âmbito do Congresso Nacional.

Na sequência, em nível de doutoramento, agradeço ao meu orientador, Professor José Levi do Amaral Junior, cujas aulas me permitiram descobrir meu grande dilema acadêmico: a efetividade da democracia e o papel que o Supremo Tribunal Federal pode desempenhar para fortalecê-la. Sua forma serena e firme de conduzir os assuntos, a troca de ideias na elaboração de artigos em coautoria, o impulso e constante apoio na condução da tese foram elementos fundamentais na conclusão desta importante etapa em minha vida. Sou muito grata ao Professor e Ministro Luiz Fux, que compartilhou, por dois semestres, as principais discussões no ambiente do Congresso sobre o Novo Código de Processo Civil e se revelou como ser humano atento, amigo, afetuoso para com seus alunos. Ao amigo de sempre e de todas as horas, Rodrigo Pereira Mello, professor íntegro, coerente, consistente, correto, parceiro na coordenação do Grupo de Pesquisas e Análises Tributárias (GEPAT) e em toda e qualquer reflexão sobre a vida. Agradeço às amigas Aléssia Chevitarese e Cleíse Martins, que contribuíram significativamente com material bibliográfico para a primeira fase do estudo, além do apoio emocional, sem o qual teria muita mais dificuldade para concluir o trabalho. Não posso deixar de render minhas homenagens especiais aos Professores da banca de qualificação, Luciano Fuck e Arnaldo Godoy, que me direcionaram com paciência e assertividade na condução da tese em outubro de 2016, cujas contribuições tentei incorporar no texto. Por fim, agradeço a todo o corpo docente do UniCEUB na pessoa do coordenador Marcelo Varella, que conduz o curso com afinco e muito empreendedorismo.

No nível profissional, preciso agradecer aos sócios do escritório Mattos Filho Advogados, banca da qual tenho o orgulho de fazer parte. Meus agradecimentos especiais aos Drs. Pedro Luciano Marrey Jr., Roberto Quiroga Mosquera, Gláucia Maria Lauletta Frascino, Isabel Bueno, Renata Correa Cubas, Gabriela Lemos, Ana

Paula Lui, Paulo Tedesco, João Marcos Colussi, Giovani Loss, Marici Gianico, Lina Pimentel, Andrea Bazzo, Marcel Alcades, Alessandra Gomensoro, Leonardo Homsy.

Não posso deixar de agradecer ao meu primeiro chefe e mentor de vida profissional, Marcos Joaquim Gonçalves Alves, que me orientou e me deu todas as oportunidades, de errar e de aprender, em minha trajetória profissional, desde o primeiro dia de estágio, em setembro de 2006, até 2016; à Juliana Cavalcanti, que, durante boa e relevante parte de minha trajetória, me orientou nos primeiros andares da escada. Agradeço, com especial e carinhosa lembrança, aos membros de minha equipe, Maia Martinovich, Isabella Maia, Leonardo Lamb, Marcos Vieira, Tayane, minha querida secretária, bem como aos estagiários na pessoa de Mariana Furtado, e paralegais na pessoa de Laécio.

No ambiente profissional acadêmico, agradeço a todos os colegas na pessoa da Professora e Coordenadora Adjunta Luciana Musse, sempre querida, meiga, afetuosa, compreensiva e dedicada.

Não posso deixar de mencionar especial gratidão ao amigo Ricardo Viula da Radio Justiça, com quem divido mesa semanalmente para comentar a pauta do Supremo Tribunal Federal, especialmente sobre os temas de natureza tributária.

Também agradeço à Câmara Americana de Comércio (AMCHAM) por me conceder a oportunidade de presidir o Comitê de Legislação, no qual temos debates de extrema relevância para o mercado de Brasília acerca das novidades legislativas.

Os meus agradecimentos mais expressivos são direcionados aos meus assistentes de pesquisa, Isadora Badra, Tayron Valentim e Pedro Adams, com os quais me reuni para seleção e discussão dos textos usados como base para o estudo proposto, meu muito obrigada.

Não deixo de lembrar de todos os membros do grupo de pesquisa que coordeno no UniCEUB, GEPAT (grupo de pesquisas e análises tributárias), gerenciado pela querida e amiga Professor Lilian Rose, sempre entusiasta do projeto. Muito obrigada a todos os alunos e aos pesquisadores pela participação nos encontros aos gloriosos sábados matinais.

Agradeço às amigas fundadoras, como eu, da associação Elas Pedem Vista, destinada a promover reflexões sobre e considerando o papel do feminino na política e no judiciário, Ana Caputo, Ana Cristina Neves, Carolina Magalhães, Adriele Britto, Flavia Guth, Barbara Lobo, Julia de Abere, Manuela Falcão e Gabriela Rollemberg.

Por fim, mas mais importantes de todos, agradeço ao meu filho Aaron Guimarães Loyola, por toda a compreensão que teve comigo ao longo desses anos e de quem me desculpo pelas ausências em prol do meu trabalho. À minha mãe, ângela, minhas irmãs, Ana Alice e Estella de Paula Guimarães, ao meu padrasto Cesar Calhares, sem a base de todos Vocês e a certeza de que estariam ali em toda e qualquer situação, jamais teria condições de voar com coragem, bravura e certeza do amor que sempre me transmitiram.

*“A única maneira de não cometer erros é
fazendo nada. Este, no entanto, é
certamente um dos maiores erros que se
poderia cometer em toda uma existência”*

Confúcio

RESUMO

GUIMARÃES, Ariane Costa. 2017. Defesa da Tese de Doutorado em Direito e Políticas Públicas. Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília.

Estudo que propõe mecanismos para o Supremo Tribunal Federal colaborar com a democratização da relação jurídica-tributária a partir dos seus julgamentos tomados em repercussão geral e ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre controvérsias tributárias. A democracia é o regime político que congrega as opiniões da sociedade para formulação das decisões orientativas jurídicas e a forma contemporânea de abordá-la exige dos fóruns deliberativos a promoção da participação direta do indivíduo e dos grupos afetados, além do que se espera a responsividade das decisões públicas frente às pretensões acomodadas em forma de consenso pelos representantes. A metodologia empregada no trabalho é a qualitativa na medida em que objetiva avaliar o procedimento judicante do STF no propósito de torná-la mais democrática, por intermédio da pesquisa bibliográfica e estudo de precedente selecionado. O Supremo Tribunal Federal tem papel importante na definição e na complementação do sentido das normas e, ao se partir e se reforçar a premissa da democratização das leis, a função da Corte passa a ser, igualmente, de democratizar o processo decisório. Para implementar essa função, há duas preocupações importantes: a Corte não assumir a função dos demais poderes e dialogar com o que produzido nos demais ambientes deliberativos, a Corte se abrir para receber contribuições da sociedade e apenas se manifestar sobre temas extrajurídicos quando tiver tais elementos e conseguir traduzi-los para o direito. Ao realizar tais misteres no direito tributário, volta-se para compreender quais as garantias e os princípios fundantes da relação tributária, tendo sido eleitos a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade, nas acepções formal e substancial. Para testar as proposições sugeridas, analisa-se o julgamento da constitucionalidade da exigência de imposto de renda e contribuição sobre o lucro líquido das controladas e das coligadas no exterior, apontando as ferramentas e os procedimentos que poderiam ter sido adotados pelo STF para contribuir com a democratização.

Palavras-chaves: democracia; Supremo Tribunal Federal; jurisdição constitucional; princípios constitucionais tributários; constitucionalidade da tributação dos lucros no exterior.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Ariane Costa. 2017. Defense of the Doctoral Thesis in Law and Public Policy. Master's and Doctoral Program of the University Center of Brasília (Centro Universitário de Brasília), Brasília.

A study that proposes mechanisms for the Brazilian Supreme Court (STF) to collaborate with the democratization of the juridical-tax relationship based on judgments affected by the “general repercussion” institute and actions of concentrated control of constitutionality on tax controversies. Democracy is the political regime that congregates society’s opinions for the formulation of legal guidance decisions. The current method of approaching democracy requires deliberative forums to promote direct participation of individuals and affected groups. In addition to what is expected, the responsiveness of decisions as a reaction to the demands made by the representatives in the form of a consensus. The methodology utilized in this study is qualitative in that it aims to evaluate the judging procedures of the Brazilian Supreme Court in order to make it more democratic, through bibliographical research and study of selected precedents. The Brazilian Supreme Court plays a central role in defining and complementing the meaning of norms, and reinforcing the premise of the democratization of laws, the function of the Court is also to democratize the decision-making process. To implement this function, there are two main concerns: the Court does not assume the function of other powers and dialogue with what is produced in other deliberative environments, the Court opens itself to receive contributions from society and only expresses itself on extra-legal issues when it has such elements and translate them to the juridical sphere. In carrying out such a task in tax law, one turns to understand the guarantees and the founding principles of the tax relation, having been elected the capacity to contribute, equality and legality, in the formal and substantial meanings. In order to test the suggested propositions, an analysis was done in the constitutionality of the requirement of income tax (IR) and contribution on the net income (CSLL) of subsidiaries and affiliates abroad case, pointing out the tools and procedures that could have been adopted by the STF to contribute to the democratization.

Keywords: democracy; Brazilian Supreme Court; Constitutional jurisdiction; Constitutional principles of taxation; Constitutionality foreign profits taxation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 OS ELEMENTOS DA DEMOCRACIA	22
1.1 Considerações introdutórias sobre democracia.....	22
1.1.1 O reconhecimento de direitos fundamentais: o núcleo da garantia de liberdade e da concretização da igualdade	31
1.1.2 Representação e participação do indivíduo no jogo democrático	38
1.1.3 Responsividade, accountability e descentralização das decisões na arena pública	46
1.1.4 Conflito, minoria e maioria, consenso	50
CAPÍTULO 2 O Supremo Tribunal Federal e a contribuição para a concretização democrática: o protagonismo da Corte Constitucional do Brasil	59
2.1 O Supremo Tribunal Federal: a Corte Constitucional brasileira.....	60
2.2 A separação de poderes: considerações gerais	61
2.3 A separação de poderes e a jurisdição constitucional	64
2.3.1 Os argumentos a favor do ativismo judicial.....	67
2.3.2 Os argumentos contrários ao ativismo judicial	70
2.3.3 A distinção entre regras e princípios constitucionais	74
2.4 Considerações sobre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal.....	86
CAPÍTULO 3 O Supremo Tribunal Federal: como a corte deve se comportar na formação de precedentes para contribuir com o Estado democrático de direito	106
3.1 A coerência e a consistência das decisões como forma de deferência institucional do Supremo Tribunal Federal aos seus julgados e aos centros decisórios do poder legislativo e do poder judiciário	106
3.2 A participação popular e dos afetados pela norma nos julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal	111
3.3 O Supremo Tribunal Federal e a segurança jurídica	119
3.3.1 Técnicas e procedimentos específicos para a formação do precedente	122
3.4 O Supremo Tribunal Federal como corte de precedentes: a compatibilização entre a complementação da lei a partir da Constituição e a democratização implementada pela Corte	133
CAPÍTULO 4 As garantias fundamentais do contribuinte na Constituição Federal e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal	148
4.1 A função do tributo na Constituição Federal e as concepções de justiça tributária constitucional	150
4.1.1 A compreensão dos tributos no modelo liberal de Estado.....	150
4.1.2 O Estado de bem-estar social	152
4.1.3 Crise do Estado de bem-estar social e a modelagem de tributação.....	160
4.2 O núcleo constitucional tributário: a escolha democrática no Brasil: das limitações ao poder de tributar	179
4.2.1 A capacidade contributiva como garantia de proteção ao exercício dos direitos pelos indivíduos	182

4.2.2 A igualdade no tratamento entre os contribuintes e a proibição de critério discriminatório na escolha tributária	203
4.2.3 A legalidade tributária: as acepções procedimental e substancial da legalidade tributária	213
CAPÍTULO 5 Análise empírica da condução do processo pelo Supremo Tribunal Federal na formação de precedentes em matéria tributária: o caso da tributação dos lucros no exterior.....	222
5.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588 e o Recurso Extraordinário 611.586 – questionamento do art. 74 da MP 2.158-35 e do artigo 43, parágrafo 2º. do CTN – tributação dos lucros no exterior	223
5.1.1 Os argumentos apresentados pela CNI.....	227
5.1.2 O processamento da ADI no STF e as manifestações institucionais representativas.....	234
5.1.3 O julgamento da ADI 2588 no STF	242
5.1.4 Os argumentos apresentados no Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal)	267
5.1.5 O processamento do Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal) no STF	272
5.1.6 O julgamento do Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal).....	277
5.2 A análise do julgamento sob o prisma democrático	284
5.2.1 A aplicação dos direitos fundamentais tributários: a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade substancial.....	284
5.2.2 A participação dos afetados e a responsividade da análise da legislação e da formação do precedente	296
5.2.3 A condução do processo pelo Supremo Tribunal Federal e a formação do precedente: o consenso, o diálogo intrainstitucional e interinstitucional	303
CONCLUSÃO	309
REFERÊNCIAS	319

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a formular procedimento jurisdicional a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões tributárias para contribuir com a democratização da relação entre Fisco e contribuinte.

A tese, pois, será desenvolvida para apresentar discussões e argumentos direcionados à reflexão e à resposta da seguinte questão-problema: como o julgamento do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária pode ser aprimorado para propiciar e fortalecer uma relação democrática entre Fisco e contribuintes no Brasil?

Muitos são os textos que defendem a primazia dos princípios tributários¹, sem tratar dos deveres do contribuinte ou, de outro lado, a função social do tributo, justificada no dever fundamental de pagar impostos², sem levar em consideração que as duas perspectivas são relevantes e devem produzir efeitos, sem se anularem mutuamente.

No Brasil, a argumentação jurídica organizada está em segundo plano; é secundária a relevância da conexão entre as instituições para a legitimação do direito. Afinal, não basta a maioria de votos, um arquétipo que habilite a fundamentação variada de acordo com o julgador (o que pode gerar no STF decisões unânimes, porém com onze razões diversas entre si). A padronização das decisões nos tribunais se apresenta por meio de ementas e enunciados e não mediante precedentes que podem ser revistos por argumentações³.

¹ Apenas para exemplificar, cf. ATALIBA, Geraldo. **A hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 29; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003; CLÉVE, Clémerson Merlin. Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação. Disponível em: <<http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

² Apesar para exemplificar, cf. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 43.

Este contexto de confronto ideológico está retratado na litigiosidade tributária no Brasil. Segundo o Conselho Nacional de Justiça⁴, em 2016, essa litigiosidade representou 74 milhões de processos em tramitação, sendo que a relação jurídico-tributária é a terceira no ranking das relações questionadas em juízo. O Núcleo dos Estudos Fiscais da Faculdade Getúlio Vargas também registrou a litigiosidade tributária no Brasil como fator relevante a ser enfrentando pelo poder público, comparando os indicadores brasileiros com os demais países do mundo⁵. O estudo analisa os litígios de natureza administrativa, campo diverso do que será abordado no trabalho, mas representa dado para justificativa da pesquisa. No referido Núcleo, foi detectado que as disputas no âmbito empresarial envolvem patamares elevados, que impactam tanto o caixa dos atores privados quanto os cofres públicos, segundo demonstram os pesquisadores em suas análises e conclusões, além de contribuírem para a insegurança jurídica, pois colocam em cheque o sentido das regras no campo tributário e a segurança financeira quanto à composição do caixa, seja do contribuinte, seja do Estado. A OCDE também possui relatório do grau de litigiosidade tributária no Brasil: em amostra com dezoito países, em valor discutido na esfera administrativa, o país ocupa o terceiro maior valor de contencioso tributário administrativo proporcionalmente ao PIB⁶. O Banco Mundial aponta aspectos de origem tributária como fator de litígios, fazendo relações entre a estrutura tributária brasileira e o número de litígios⁷. Em paralelo, os julgamentos de questões tributárias no Brasil demoram a ser solucionados, na medida em que mais de 90%⁸ do congestionamento do Judiciário é representado por judicialização da cobrança de tributos (execuções fiscais). Atrelado a isso, há um fator próprio das últimas décadas, relativo à função assumida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à concretização dos direitos.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016, p. 63.

⁵ Cf. ESTADO DE SÃO PAULO. **Litigiosidade tributária no Brasil**. Bernard Appy e Lorreine Messias. Disponível em: <<http://goo.gl/GmUbLa>>. Acesso em: 16 abr. 2016; ESTADO DE SÃO PAULO MESSIAS, Lorreine. **Contencioso Tributário brasileiro é muito superior ao dos EUA**. Disponível em: <<http://goo.gl/uhJxSQ>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁶ *Ibidem*.

⁷ THURONYI, Victor. **How can an excessive volume of tax disputes be dealt with?** Washington: Legal Department of International Monetary Fund, 2003. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/leg/tlaw/2013/eng/tldisputes.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**; ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016, p. 42.

Com a promulgação da Constituição Federal, o acesso à justiça e o direito de petição estimularam a ampliação das discussões judiciais, na medida em que tais direitos foram efetivamente utilizados pelos jurisdicionados. A demanda cresceu na medida em que o Poder Judiciário passou a ter proeminência na salvaguarda de direitos, decidindo casos e reconhecendo os direitos anteriormente tidos por simplesmente programáticos⁹. A concepção de acesso à justiça como “instrumento ético para a realização da justiça” origina-se da perspectiva de “acesso à ordem jurídica”, concebida por Kazuo Watanabe¹⁰. Antoine Garapon, crítico e propositivo de um novo modelo judiciário, não deixa de reconhecer que o direito, material ou processual, é a maior referência da ação política, considerada como a interferência estatal na comunidade. E isso “não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa: é sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política”¹¹. Boaventura de Souza Santos¹² descreve o fenômeno da judicialização e descreve as possíveis causas: o crescente protagonismo social e político dos tribunais em diversos países no mundo na concretização de direitos, diante da inércia dos poderes para solucionar as contingências sociais. Mauro Cappelletti¹³, igualmente, trata da dimensão alcançada pelo Poder Judiciário, em grande parte insuflada pela crescente e acirrada conflituosidade social.

O processo chamado de “judicialização da política” é a apropriação do texto constitucional pela sociedade com o fito de reclamar direitos. Esse processo vem conjuntamente com a reflexão acerca do significado do texto para as demais áreas do direito. O instante após a promulgação da Constituição de 1988 implicou em uma vasta reflexão acerca do sentido de racionalidade jurisdicional no país, o que se

⁹ BOCHENECK, Antonio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CNJ, 2013, p. 23.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

¹¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 45.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In **Publicações ANPOCS**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

evidencia pela publicação de livros que tratam da influência da Carta nos ramos do direito. Embora haja conjunto de iniciativas focadas na atribuição de certeza ao direito e às regras, fato é que a indeterminação da linguagem jurídica pode resultar tanto da vagueza da própria palavra como, igualmente, das finalidades atingidas por cláusulas precisas. Além disso, há um elemento contextual que faz com que o sentido dos signos seja alterado em função de uma série de razões. A cláusula é geral por autorizar que em um caso concreto o magistrado recepcione diversas interpretações da regra de conduta. O gigantesco lapso existente entre o intérprete diante da lei ambígua e a definição aberta acarreta o que descrevemos como “materialização” dos critérios de justiça, abrindo espaço e legitimando o sentido da referida norma dado pelo juiz. Já não se opera uma lei em uma base fática concreta (justiça formal), mas, sim, uma lei que deve ser carregada de valor axiológico pelo intérprete, sendo que, para tanto, são usados critérios de todo tipo, tais como os critérios subjetivos e as noções que se aprende noutros campos do conhecimento¹⁴. São essas demandas de vazios valorados que configuram os casos difíceis. Assim, casos difíceis não são aqueles em que a regra aplicável tenha duplo ou múltiplos sentidos, ou até aqueles em que não haja norma aplicável explicitamente, mas aqueles para os quais a legislação tem uma resposta evidente, contudo torna-se inapropriada em função de alguma valoração, situação em que o intérprete tem que argumentar contra a legislação¹⁵.

Quando se examina a força dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal como resultado da entrega do constante e cada vez maior número de causas com repercussão sobre diversos jurisdicionados, é necessário fazer um retrato do papel da Corte hoje e refletir se está adequado ao que se admite e se permite para a solução de litígios, relativamente à aplicação dos direitos dotados de vagueza ou de indeterminação de significado. Não apenas a função do Supremo Tribunal Federal será relevante definir neste trabalho, mas o exame do modo como os julgamentos têm sido operacionalizados representa preocupação a ser enfrentada no estudo.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

¹⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

Assim, considerando este contexto que justifica o tema escolhido para esta tese, entende-se relevante a abordagem de certas questões-problemas que intermediarão e prepararão a análise a ser feito o papel do STF na democratização da relação entre Fisco e contribuinte.

A primeira parte do trabalho diz respeito ao que se compreende como democracia, com focos objetivos perseguidos para a promoção do ambiente democrático no Judiciário. Não se tratará apenas do Judiciário, pois se entende importante a compreensão dos aspectos tais quais foram pensados pelos autores base desta primeira etapa, como Robert Dahl, Giovanni Sartori e Norberto Bobbio. Nesse diapasão, serão apresentados, inicialmente de forma meramente descritiva, os diversos sentidos do termo no direito e nas ciências políticas para identificar a ideia trabalhada na presente tese e justificar a escolha do sentido de democracia mais afeito ao que se pretende examinar. São os seguintes os critérios examinados na teoria de Robert Dahl: o direito ao voto, o direito a ser eleito, o direito dos líderes políticos de competirem por apoio eleitoral e votos, eleições livres e honestas, liberdade de reunião, liberdade de expressão, fontes alternativas de informação e instituições hábeis a validar as medidas do governo a partir de participação popular¹⁶. Este será o núcleo do desenvolvimento da argumentação sobre democracia no trabalho.

A segunda parte examinará o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do ambiente democrático entre Fisco e contribuinte, com a apresentação da separação de poderes, bem como das perspectivas do ativismo judicial, com destaque para os argumentos favoráveis e contrários ao fenômeno. Para esta análise, reputa-se relevante discernir regras de princípios, já que é nesta distinção que reside a adoção de uma ou de outra posição. De fato, a referência a princípios como fundamento das decisões merece ser reflexionada. Sobre o assunto, é pertinente a citação do fato de que o sistema de separação de poderes clássico não obteve êxito na salvaguarda da liberdade dos indivíduos. Dalmo

¹⁶ LIJPHARTM, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 69.

Dallari¹⁷ expõe que a história brasileira possui diversos representantes do Poder Executivo que transacionam com o Poder Legislativo, sem a mínima representatividade. É um argumento a justificar o protagonismo judicial. E esse contexto contribui para a formação da cultura jurídica de que o direito é produzido pelas decisões dos tribunais. A negligência do Poder Legislativo e Executivo foi fator decisivo na inflação de ações no Poder Judiciário, na medida em que os cidadãos não encontraram outra forma de obter a concretização de seus direitos¹⁸.

E, nesse contexto, os tribunais arrogam-se a responsabilidade pela transformação social e por se pronunciarem sobre o direito, seja para efetivar os direitos constantes da Constituição Federal e demais normas, seja para, sob o pretexto de interpretar os princípios e valores abertos, verdadeiramente criar soluções jurídicas para situações concretas da vida. E a aposta dos cidadãos quanto à obtenção de decisões judiciais que reconhecessem seus direitos subjetivos funcionou, em certa medida, porque os direitos demandados foram reconhecidos em diversos processos judiciais, porquanto diversas das normas foram constitucional e legalmente¹⁹ asseguradas.

Este cenário provoca discussões acerca da legitimidade do agir judiciário, frente aos clássicos *standards* da separação dos poderes, para citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰, acerca da falta de conhecimento técnico específico para

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211.

¹⁸ LOPES, José Reinaldo. Em torno da “reserva do possível”. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 279.

¹⁹ “Após denunciar a crônica falta de cumprimento real das normas constitucionais, e procurando superá-la, o artigo elabora o conceito de efetividade e formula uma classificação para as normas constitucionais que facilita a identificação da posição jurídica subjetiva na qual investem os jurisdicionados. Em seguida, importa para o direito constitucional a ideia de direito subjetivo. [...] Vale dizer: a todo direito subjetivo constitucional corresponde uma ação para tutelá-lo. Este texto foi um dos pioneiros na defesa da ascensão e centralidade do Poder Judiciário na tutela e na concretização da Constituição” BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas** – Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

tomar decisões sobre políticas públicas²¹, do desrespeito ao silêncio dos demais poderes, que poderia se caracterizar como uma decisão expressa ao não tutelar determinada relação²² e, até mesmo, da ausência do processo emancipatório-democrático no decisionismo²³. José Reinaldo Lopes²⁴ argui que muitos direitos sociais ainda não podem ser exercidos; outros dependem de políticas públicas consideradas um conjunto de ações de difícil dimensionamento pelo Judiciário.

Muitos dos votos proferidos pelo Poder Judiciário não vêm acompanhados de citação, de contextualização ou de densificação, revelando um conjunto de “jurisprudência” e doutrina bastante insuficiente, que se mostram como simples argumentos de autoridade. O magistrado, quando julga, também traz autoridades para afirmar que a sua decisão é a mais correta. Os tribunais brasileiros citam doutrinadores e teóricos do direito sem remodelá-los a uma argumentação racional, isto é, sem explicar a razão pela qual cada autor é importante para resolver a controvérsia, consoante com sua reelaboração sistemática das fontes de direito.

²¹ Ao discorrer sobre a impropriedade de decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde, Thalita Lima justifica: “O problema é que, ao não precisar a extensão do direito e ao gerar determinadas regras decisórias que valorizam a precedência do direito com base em categorias tão abertas de sentido, tornaram o critério de decisão como se fosse vago e indefinido (tendo seus conceitos legais basilares esvaziados), ou seja, impedindo que seja universalizável. E isso porque, na prática, é um critério limitado, que não admite ser compreendido da forma mais abrangente possível, já que depende do orçamento e da distribuição de recursos escassos. Logo, se for entendido como os julgadores propõem, não conseguirá ser aplicável a todos que conseguem acesso à jurisdição (à possibilidade de ajuizar uma ação), e/ou conseguir representação do Ministério Público (que se tem firmado como um ator influente no assunto), quanto mais aos 190.376.496 brasileiros (IBGE, 2011)”. LIMA, Thalita Moraes. O direito à saúde revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. In Revista de Informação Legislativa. Ano 51, número 202, abr./jun. 2014, p. 197.

²² “há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar ‘omissão’; pode ser, na verdade, uma escolha política”. STRECK, Lênio Streck. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinus.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

²³ Antoine Garapon propõe a construção de um ambiente de comunicação no Poder Judiciário em contrapartida ao modelo decisório: “a importância dos juízes para a democracia também vê necessária a adoção de medidas como as mediações, ou seja, casos em que os conflitos são resolvidos a partir de um diálogo sem que seja necessário adentrar-se no âmbito jurídico, sem que seja necessário aumentar o número de processos existentes”. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 231.

²⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas. In **Revista de Informação Legislativa**. A. 31, n. 122, mai./jul. Brasília: Senado Federal, 1994, 267.

Adicionando-se a isso a falta de organização dos argumentos nos julgamentos colegiados, a realidade fica ainda mais complexa e interessante²⁵. Nesta parte do trabalho, ainda será apresentada a construção de um ambiente que insira o STF na democratização das relações jurídicas, com o apontamento das preocupações que a Corte deve ter para concretizar este objetivo.

Os pressupostos conceituais trabalhados ancoram-se na ideia de que a democracia depende da “clarificação discursiva”²⁶, da compreensão dos fatos e do sentido dos termos jurídicos empregados no debate processual, a partir das definições de contestação pública e participação pública (poliarquia)²⁷. A reconstrução técnica engendrada no Poder Judiciário permite, também, que, nos processos com impacto sobre diversos indivíduos, a Corte conte com a participação dos afetados na formação de provimentos jurisdicionais. No processo democrático, é garantido aos afetados a exposição de razões e argumentos importantes na determinação do tema a ser examinado e julgado/decidido, bem como resguardado o enfrentamento das medidas propostas e rejeitadas (consenso v. majoritário)²⁸. E, se não há ferramenta hábil para a solução do conflito jurisdicionalizado, a decisão adotada não poderia ser de esQUIVA, tampouco o método decisório de aplicação direta de “princípios”, sem a devida contextualização e densificação dos termos envolvidos.

Além disso, a decisão judicial deve ser tomada de modo a evitar similares litígios (racionalização sistêmica), portanto, ela precisa promover, ou permitir que seja promovido, o consenso entre os atores litigantes por meio do estabelecimento, pelo julgador, de maneiras de convencimento mútuo entre os afetados, além do que decida, após o enfrentamento dos fatos acoplados aos argumentos de ordem jurídica, moral e econômica.

²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013, p. 77.

²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 211.

²⁷ DAHL, Robert. **Poliarquia:** participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 29.

²⁸ NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 199, set., 2011, p. 211-212.

Feitos esses apontamentos e apresentadas as ideias para formular o modo como o STF deve agir perante os problemas, será examinada de que modo a formação de precedentes, instrumento de julgamento de decisões coletizáveis, pode ser incrementada para alcançar a finalidade de complementação da regra, em conflitos de natureza constitucional-tributária, em sintonia com as bases democráticas apresentadas no primeiro capítulo. Para tanto, abordar-se-á a base de justiça tributária estabelecida na Constituição Federal de 1988, bem como serão examinados os princípios tributários substanciais, sendo que foram eleitos o princípio da capacidade contributiva, da igualdade na distribuição do encargo tributário na sociedade e no tratamento entre os contribuintes, e a legalidade, em suas vertentes substancial e procedimental. Essa reflexão servirá para que se analise o modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal pode complementar a sua eficácia no estabelecimento de precedentes nas questões tributárias que julga, implementando e melhorando o grau democrático das leis no país.

Por fim, propõe-se a verificação do modo como o Supremo Tribunal Federal levou a efeito julgamento de questão considerada relevante no firmamento da relação jurídico-tributária sobre a tributação dos lucros no exterior veiculada na MP nº 2.518-35/201, de modo a examinar como a proposta apresentada no trabalho poderia ser aplicada de fato. Essa reflexão será promovida no âmbito da pesquisa para identificar e definir, argumentativamente, o papel do Supremo Tribunal Federal na construção do ambiente mais democrático entre Fisco e contribuinte, bem como a postura dos atores neste espaço da arena democrática.

A abordagem proposta é inovadora porque se pretende alertar o campo jurídico sobre a forma como o STF, instituição legitimada a se manifestar sobre as bases da tributação no Brasil a partir da Constituição Federal, pode implementar e fortalecer a democracia na relação jurídico-tributária.

Se, por um lado, a arena judiciária não é a que melhor foi formatada para se abrir ao debate público e receber as demandas sociais, por outro, é o STF que pode complementar e fiscalizar a preocupação democrática das leis tributárias e auxiliar, assim, na construção de ambiente mais consensual no país. Se não cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer a democracia sem dialogar com os demais fóruns deliberativos, criando normas a partir do texto constitucional diretamente, isso não

significa que não possa, de fato, contribuir para o seu aprimoramento e é disso que se cuidará nesse trabalho.

CAPÍTULO 1 OS ELEMENTOS DA DEMOCRACIA

A intenção neste primeiro capítulo é apresentar o tipo de democracia que se pretende alcançar no Brasil, para, uma vez definidos os aspectos que a caracterizam, identificar o modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal poderia contribuir para o seu fortalecimento ao apreciar as questões de natureza tributária.

Para tratar do tema, apresentar-se-á o sentido de democracia adotado em todo o texto, para apurar como o resultado do processo democrático dialoga com o estabelecimento de balizas encartadas na Constituição Federal a respeito do exercício do poder de tributar.

1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE DEMOCRACIA

Democracia é conceituada de diversas maneiras, a depender do contexto histórico, do propósito do interlocutor e do arranjo institucional no qual se encaixe a apresentação do argumento.

Do ponto de vista etimológico, democracia significa “governo do povo”. As concepções de “governo” e de “povo”, todavia, sofreram transformações importantes na conformação social, seja do ponto de vista vertical, isto é, em realidades históricas de um mesmo país, seja da perspectiva horizontal, considerando os diversos contextos de países distintos com as peculiaridades da realidade social em que se conforma.

A democracia, no entanto, não pode ser definida por sua etimologia, pois não se trata de conceito apriorístico, baseado em princípios anteriores à constatação fática, porquanto é produto de uma realidade e de uma experiência social. Sartori²⁹, por exemplo, preocupa-se com a definição dos conceitos e dos elementos configuradores da democracia, até porque, hoje, poucos países ou quase nenhum

²⁹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 32.

se apresenta como antidemocrático. A definição como democrático, portanto, é insuficiente para caracterizar um regime. Ou seja, diferentes países e diversas realidades podem ser denominadas de democráticas e, justamente por isso, é importante densificar o que é caracterizado como democracia. A sua percepção, pois, é verificada a partir de seus elementos fundantes e da experiência histórica das sociedades.

Holmes e Sunstein³⁰, por exemplo, enaltecem as mudanças de sentido ao longo do tempo dos direitos embasados em valores morais e éticos, como a liberdade de expressão: “os direitos se expandem e se restringem permanentemente”, o que evidencia a contextualização necessária do sentido dos termos políticos principalmente.

Para demonstrar a plurissignificância de democracia, e apenas para isso³¹, pode ser mencionada a experiência em Atenas, a mais importante cidade da Grécia e campo da democracia participante, que era organizada em forma de assembleia na qual todos os cidadãos podiam participar da seleção que lhes atribuía deveres públicos. Não havia instituições políticas, pois não havia sistemas representativos³². Nesse contexto, a democracia não tem nada a ver com a palavra “povo”: democracia

³⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999, p.104.

³¹ Para evitar o erro epistemológico e metodológico de trabalhar com fatos históricos em tese jurídica, a ressalva de que a democracia na Grécia era vista de forma distinta da de hoje compartilhada justifica-se apenas para evidenciar a necessidade de abrir um capítulo específico sobre o assunto, uma vez que se objetiva definir metodologia de julgamento no STF para aprimorar, do ponto de vista democrático, a relação entre fisco e contribuinte: “aliás, talvez mais propriamente falando, frequentemente sequer chega a se tratar de uma autêntica confusão, ou seja, a justaposição, num mesmo trabalho, de capítulos que pertenceriam a mais de uma ciência, pois o que muitas vezes aparece como tal resume-se a alguns lugares comuns extraídos daqui e dali – muitas vezes, repetindo o vezo já conhecido, de simples manuais – sem maior consistência. O que acontece com as habituais incursões históricas que via de regra antecedem a abordagem do tema no presente é, a esse respeito, exemplar. Seguramente a maioria dos trabalhos que tenho examinado não dispensa uma incursão desse tipo, muitas vezes apresentada sob a fórmula ‘Evolução Histórica do(a)...’, seguindo-se a menção ao objeto que está sendo examinado. É com frequência que, nesse momento, surge a referência a uma antiga e, literalmente falando, mitológica legislação: o famoso Código de Hamurabi!” (OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi**. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

³² DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 22.

é “o reflexo e uma forma degradada da politeia, o que se poderia traduzir como a ‘boa cidade’”³³.

Na Grécia, democracia não era vista como regime libertador, mas, ao contrário, restritivo, na medida em que exercido apenas por quem detivesse a superioridade intelectual para se expor à opinião popular, excluídos os que não se encaixassem nessa condição.

Não há como discordar dessa perspectiva de análise porque a própria ideia de escolha dos atores participantes do processo democrático grego contraria a concepção moderna de legitimação da participação popular.

Na distinção entre formas de governo “boas” e “más”, o termo democracia serviu para designar o mau governo popular. Onde se descreve o povo prisioneiro de demagogos, adutores ou corruptores, a democracia aparece como uma forma de governo em nada melhor do que o tirânico, conforme aponta Norberto Bobbio³⁴.

Na Itália, por volta de 1000 d.C., reaparecem os governos populares em Florença e Veneza, consideradas centros de prosperidade, onde surge o Renascimento. Na Europa do Norte, entretanto, não existiam as instituições políticas nucleares da democracia, quais sejam, “um parlamento nacional composto por representantes eleitos e governos locais eleitos pelo povo”³⁵. As assembleias locais eram aquelas em que os homens livres deliberavam sobre o bem da cidade, ambiente, neste contexto, do exercício democrático. Neste momento, nasce a ideia da necessidade de consenso dos governados para deliberação³⁶.

Das assembleias, surgem os parlamentos, cujo marco pode ser apontado como o parlamento inglês, estruturado em duas casas: de um lado, a aristocracia hereditária, e, de outro, a dos representantes dos comuns.³⁷

³³ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 41.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 375.

³⁵ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 27.

³⁶ *Ibidem*, p. 29.

³⁷ *Idem*, p. 30.

Esse formato ainda era destituído dos elementos balizadores da democracia lida na modernidade, porquanto não havia consciência das desigualdades entre os indivíduos, e as assembleias dificilmente eram palco de discussões que trabalhassem os interesses de todos, mas consubstanciavam local de privilégio para os que dela participassem. Além disso, os representantes não agiam em nome de todo o povo, deixando de considerar interesses dos que não eram reconhecidamente cidadãos³⁸.

A soberania é dos indivíduos como partes do coletivo. Governo do povo não é apenas um conceito ambíguo, pois não há povo como ente autônomo e diverso dos indivíduos que o compõem, mas também inexistente sob a perspectiva política. Bobbio afirma que “sempre se falou de povo, a começar do *populus* romano, passando pelo poder das cidades medievais, até chegar aos governos populares da idade moderna”³⁹, nada obstante os direitos e decisões pertencerem a uma minoria da população, sem representatividade.

Enquanto os gregos, ao exercerem a democracia, pensavam em uma praça ou em uma assembleia em que os cidadãos tomavam diretamente as decisões a eles aplicáveis, na contemporaneidade, estas são atribuídas aos representantes do povo⁴⁰, muito embora hoje haja, cada vez mais, a necessidade da participação direta do indivíduo nas escolhas públicas. Inclusive, há vertente científica que retira da representação a tarefa de expor, exclusivamente, o direito, ou de revelá-lo, como é o caso de Mangabeira Unger⁴¹, que critica com bastante veemência a representação

³⁸ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 33.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 379.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 373.

⁴¹ Mangabeira critica a representação porque sua concepção democrática atrela-se à concepção de experimentalismo democrático: “o experimentalismo é uma interpretação da causa democrática, o mais influente conjunto de ideias e compromissos em vigor no mundo de hoje. Ele une duas esperanças a uma prática de pensamento e de ação. A esperança de um democrata, segundo o experimentalismo democrático, é encontrar a área de coincidência entre as condições de progresso prático e as exigências da emancipação do indivíduo. Entre essas condições e exigências se destacam as estruturas institucionais da sociedade. O progresso prático ou material inclui o crescimento econômico e a inovação tecnológica ou médica ... a emancipação do indivíduo se refere à libertação dos indivíduos da prisão de arraigados papéis sociais, divisões e hierarquias, principalmente quando esse aparato social extrai forças de vantagens herdadas, moldando as oportunidades de vida aos indivíduos”. No entanto, algumas ideias falsas podem ocultar o verdadeiro

e sugere a democracia direta como a única forma legítima de governo.

A diferença entre democracia antiga e contemporânea pode ser sintetizada, do ponto de vista descritivo, no que, para os antigos, seria a democracia direta, enquanto para os modernos, a democracia representativa. Quando se fala em democracia, a primeira referência feita diz respeito às eleições. Se há eleição, está instaurado o regime democrático? Essa provocação é feita por Norberto Bobbio para suscitar a reflexão sobre os elementos ontológicos que descrevem a democracia⁴².

O poder passou a ser questionado, não do ponto de vista do governante, mas do governado. Essa construção moral teve origem no cristianismo e encontrou a sua expressão filosófica nas doutrinas jusnaturalistas, cujas reflexões partiram do indivíduo isolado como pessoa moral, sujeito de direitos por natureza, “em oposição às doutrinas políticas dos antigos, que partiam do homem social, vivendo desde a origem em uma sociedade natural como a família”⁴³.

Essa percepção dialoga com a perspectiva antropológica de indivíduo. Dumont⁴⁴ articula a concepção de indivíduo como sendo um representante isolado da humanidade, de modo que todos, enquanto indivíduos, possuem igual valor, ao contrário do que se revela em sociedades utilitaristas, em que haveria a preponderância do princípio hierárquico, de acordo com o qual cada homem vale de acordo com a sua contextualização.

Democracia racionalista, ou democracia empírica, na linha apresentada por Giovanni Sartori⁴⁵, parte da distinção entre as democracias construídas na realidade francesa e americana no século XX. Enquanto o tipo francês e seus desdobramentos nascem de uma ruptura revolucionária, com corte em relação a

exercício do debate público e da participação, próprios da democracia, o que o autor chama de fetichismo institucional, como ocorre com a democracia representativa, por exemplo. UNGER, Mangabeira. **Democracia realizada**. Tradução de Carlos Graieb, Márcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p. 13.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 372.

⁴³ *Ibidem*, p. 391.

⁴⁴ DUMONT, Louis. 1985. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 21.

⁴⁵ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 79.

modelos despóticos, a democracia americana resulta do crescimento histórico próprio, ou seja, uma ordem política primitiva, uma “secessão”.

A origem distinta dos regimes democráticos francês e americano permitiu que no americano não houvesse a necessidade de negação de padrões próprios do regime banido (monarquia) à época, como no modelo francês, e essa “liberdade” de vivência das formas e organizações políticas permitiu a emersão de elementos conformados à estrutura social.

A percepção de Tocqueville⁴⁶ não foi diferente, na medida em que reflete sobre as realidades americana e francesa de democracia, enquanto que, na Inglaterra, os autores da política e os que a praticavam compartilhavam o mesmo modo de vida. A realidade americana teria surgido de forma mais igualitária, na medida em que não havia divisões hierárquicas marcantes na estrutura europeia, porquanto a experiência nos Estados Unidos não foi construída em bases monárquicas, como ocorrido na França.

Assim como a definição de democracia é tarefa complexa que leva a diferentes concepções, há, justamente por isso, uma grande dificuldade no estabelecimento de parâmetros apriorísticos para análise dos elementos fundantes e elementares de democracia, na medida em que cada sociedade pode experimentar formas e modelos distintos que levem ao governo democrático.

Giovani Sartori⁴⁷ inicia a descrição de democracia apontando duas teorias, a normativa e a empírica. A teoria normativa preocupa-se com os ideais e os valores da democracia, propondo seus elementos e estabelecendo conceitos prescritivos. Já a teoria empírica tem como objeto fatos e arranjos reais, teoriza a partir deles e finaliza descrevendo democracia a partir de elementos concretos.

Quando se pretende falar sobre democracia, é importante dizer a qual tipo de democracia se reporta, seja da perspectiva vertical, seja da horizontal, pois não existe uma única democracia.

⁴⁶ SANTOS, Célia Quirino dos. **Tocqueville**: a realidade da democracia e a liberdade ideal. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/santostocqueville.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁴⁷ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 6.

Aplicar e refletir sobre a democracia considerando a experiência e, igualmente, a descrição metafísica do que se espera da democracia, faz com que a política pública tenha um horizonte, orientado pela teoria normativa, e que os passos para aprimoramento sejam estabelecidos a partir do conhecimento e da descrição fiel da realidade democrática construída em uma determinada sociedade. A democracia deve sua existência a diversos fatores sociais e econômicos experimentados por uma sociedade e, justamente em razão disso, a própria palavra *democracia* é necessária, pois “apesar de sua imprecisão descritiva, ajuda-nos a manter sempre diante de nós o ideal – o que a democracia deve ser”⁴⁸. A teoria normativa da democracia funciona como referência à experiência democrática.

Por outro lado, a teoria normativa de democracia não pode servir de empecilho para o exame da realidade. A democracia pura, pelo menos em política, conduz ao fato de que as realidades democráticas racionalistas sempre estão sujeitas a se transformarem em democracias imaginárias e, igualmente, apartadas da realidade para solucionar os seus problemas⁴⁹.

Isso significa que determinado país não deixará de ser caracterizado como democrático quando não atender a todos os pressupostos delineados na teoria normativa de democracia. Em outros termos, seria possível afirmar que a democracia representa gênero de determinado modelo político, enquanto as tipologias são as espécies.

Inclusive, a crítica lançada contra a disseminação isolada da teoria normativa de democracia desconsidera as experiências próprias de cada Estado. É o que se chama de “tese da convergência”⁵⁰, ou seja, todas as experiências deveriam ser ajustadas a um padrão e a uma finalidade. Com efeito, existem duas objeções

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 24.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁰ “Na sua faceta estrutural, representa a negação da possibilidade de que a qualidade das instituições sociais seja alterada. A tese da convergência, por seu turno, significa a tendência majoritária de se afirmar que a evolução do mundo deve ser entendida como a aproximação, por tentativa e erro, às únicas formas institucionais que se mostraram capazes de gerar prosperidade. É a difusão da noção de convergência, segundo Unger, que dá respeitabilidade pseudocientífica ao fetichismo estrutural e institucional”. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Desentrenchamento da jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado: Universidade de Brasília, 2013, p. 18.

básicas à tese reacionária da convergência. A primeira delas é a de que não existem escolhas certas em si mesmas. Há “meios institucionais alternativos para a execução de objetivos práticos: exigências funcionais não determinam completamente respostas institucionais”. A segunda objeção consiste na preferência por determinado arranjo de instituições econômicas a outro, o que não significa que esta escolha tenha se dado porque a preterida seria errada ou insuficiente para promover o ambiente democrático⁵¹.

Para Loewenstein⁵², a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência de instituições por intermédio das quais o “exercício do poder político esteja distribuído entre aqueles que exerçam o poder, e por meio dos instrumentos aos quais os detentores do poder estejam submetidos”⁵³.

A democracia, portanto, assume diversas acepções, algumas contraditórias e com propósitos inclusive opostos.

Atualmente e no contexto jurídico constitucional, a democracia é reconhecida como regime jurídico a ser observado, sendo muito poucos os países que se apresentam como antidemocráticos, justamente porque o discurso de concessão de poder ao povo e o exercício deste poder em nome do povo são formas de justificar o Estado contemporâneo. Há, igualmente, o desenvolvimento de um ideal democrático, contraditado pela democracia possível, real, sendo que ambos afiguram-se como complementares e justificados um pelo outro.

Assim, dada a plurissignificação que democracia assumiu ao longo da história e nas realidades sociais nas quais se desenvolveu, Robert Dahl⁵⁴ organizou os elementos constitutivos deste modelo sociopolítico, bem como apresentou sua metodologia poliárquica para aferição do grau democrático dos países.

A partir da assertiva de que nenhum regime é democrático normativamente, o exame empírico dos índices revela que praticamente nenhum país atingiu a plena

⁵¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p.19.

⁵² LOEWSENSTEIN, Karl. **Teoria da Constituição**. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 51.

⁵³ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁴ DAHL, Robert. **Poliarchy: Participation and Opposition**. New Haven: Yale University, 1971, p. 77.

democracia, o que é resultado da falta de inclusão popular, elemento que será aprofundado adiante.

Nessa proposição, Robert Dahl⁵⁵ classifica as democracias em: a) hegemonias fechadas, com baixa contestação pública e baixa participação, b) oligarquias competitivas, com alta contestação pública e baixa participação, c) hegemonias inclusivas, com baixa contestação pública e alta participação e d) poliarquia, com alta contestação pública e alta participação.

O elemento central da democracia, portanto, é a participação popular na tomada de decisões, e as realidades sociais são classificadas com base neste critério. E não é apenas para Robert Dahl que a participação funciona como base democrática, mas, igualmente, para Mangabeira Unger⁵⁶, de acordo com quem apenas a revolução radical poderia provocar mudanças no ambiente em prol de uma democracia. Segundo essa perspectiva, a democracia deverá ser precedida de uma ruptura com o modelo de representação, de modo a instaurar os valores éticos nas tomadas de decisão públicas: “um experimentalista democrático não vai ficar esperando pelo próximo momento mágico. Em vez de nos vermos coroados pela história, ele vai insistir que nos coroemos a nós mesmos”⁵⁷.

Nesse passo, a importância da participação concreta do indivíduo nas deliberações é tamanha que a correspondência entre a decisão e os elementos volitivos dos grupos representados é o elemento pelo qual se afere a responsabilidade do exercício representativo, elemento central do modelo democrático perquirido. E isto coloca em cheque a representação, sendo que Mangabeira Unger⁵⁸ afirma que a elite⁵⁹ social (representantes dos cidadãos), sem os efetivos meios de questionamento das decisões frente à vontade popular, cerceia a democracia e, por

⁵⁵ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 31.

⁵⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 33.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73.

⁵⁹ O termo “elite” está sendo utilizado como os que detêm o poder por meio de mandato, não consistindo na acepção econômica, por mais que possam ser coincidentes e, de fato, parece haver esta sinonímia no texto de Mangabeira Unger.

consequente, controlará o direito como um todo, sob a falsa justificativa de que o está interpretando ou demonstrando o sentido, quando, na verdade, se usa da plurissignificância da linguagem para emprestar sentido e vontade desta mesma elite. De fato, pode até ser que toda decisão pública tomada pela chamada “elite social” seja contra a sociedade ou em favor de seus interesses, mas há, no mínimo, a possibilidade de questionamento a respeito. Essa falta de análise da correspondência e de demonstração entre o resultado daquilo que os representantes decidem e a vontade real do representado (teste de correspondência⁶⁰), por mais que possa ser coincidente, representa, sim, deficiência democrática.

Antes de adentrar no elemento tido como central na conformação democrática, passa-se ao exame dos demais elementos fundantes.

1.1.1 O reconhecimento de direitos fundamentais: o núcleo da garantia de liberdade e da concretização da igualdade

A democracia apresentada na vertente normativo-substancial consubstancia-se no conjunto de objetivos a serem realizados na condução política, quais sejam, prever e respeitar o núcleo de direitos fundamentais eleitos e estabelecer a organização política para o exercício do poder, enquanto que a vertente processual diz respeito a prever os meios pelos quais as regras e os procedimentos serão estabelecidos⁶¹.

O princípio democrático consagra-se com a presença de direitos fundamentais na forma de elemento constitutivo do Estado⁶². A justificativa para essa afirmação assenta-se no fato de que o exercício do poder significa participação e dela depende; participação livre do indivíduo no debate público de tomada de decisão e nas escolhas públicas de orientação da vida social, da abertura do processo político e jurídico para a incorporação de demandas individuais e coletivas. Sem o reconhecimento dos direitos fundamentais aos indivíduos não é possível assegurar livre e igualitária participação do cidadão no debate público. É a dinâmica

⁶⁰ O termo “teste de correspondência” é usado neste trabalho para se referir ao que o analista do nível de correspondência ou de reflexividade da decisão produzida pelos representantes frente ao que, efetivamente, os representados pretendem no ambiente público.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 415.

⁶² *Ibidem*, p. 431.

dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático para a sua constante formulação e concretização.

Tal como descrever a justiça, trabalhar operacionalmente com os direitos à liberdade e à igualdade depende de consistência para que o argumento não seja vazio ou retórico. Do mesmo modo, o argumento apresentado para descrever o reconhecimento dos direitos de liberdade e de igualdade como pressupostos da democracia.

Com relação à liberdade, a opção deste trabalho é apresentar a concepção de individualismo como seu elemento basilar. Para diferenciar o individualismo da tradição liberal clássica e o individualismo da tradição democrática, Bobbio⁶³ pontua a perspectiva social de cada um deles. Enquanto a primeira examina o indivíduo como se não compusesse o todo social, como aquele que age para si independentemente dos demais, a segunda o reúne a outros, não para fazer parte de um todo orgânico para participar de uma reunião de indivíduos livres.

Para a conformação do método democrático, algumas garantias substanciais são necessárias⁶⁴. Guillermo O'Donnell⁶⁵ as chama de liberdades básicas da comunidade, bem como a igualdade de oportunidades no jogo de consenso x dissenso do debate público. O homem em sociedade passa a montar e a constituir a aparelhagem estatal, bem como a disciplina das suas relações e a tutela dos homens pelo Estado. A premissa destas regras é a liberdade individual, e a consequência é a conformação da estrutura política a partir do exercício do poder por eles mesmos ou por intermédio de seus mandatários. Com base nesta concepção, um dos dramas da democracia é justamente o confronto aparente entre a vontade manifestada pela maioria e a vontade do indivíduo: “a vontade geral vale

⁶³ “O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-se com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes” BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 382.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1986, p. 56.

⁶⁵ O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado**: teoria com intenção comparativa. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 23.

objetivamente, isto é, independe da vontade daqueles que se lhe submetem”⁶⁶.

A liberdade não é um fim em si mesmo e apenas se realiza dentro de um contexto político. Essa base justifica a liberdade em comunidade, pois, “se minha liberdade ou a de minha classe ou nação depende da desgraça de outros seres humanos, o sistema que promove tal coisa é injusto e imoral”⁶⁷.

A democracia é a forma de governo que propicia uma liberdade política não vista em outros modelos. Busca imprimir a máxima liberdade política, a autonomia dos cidadãos para fazer escolhas⁶⁸.

O fato de a liberdade ser medida dentro de um contexto comunitário significa que ela apenas se realiza em sociedade. A doutrina utilitarista, por exemplo, admite a perda da liberdade para diminuição da desigualdade de uns, sem deixar de aumentar materialmente a ação livre de outros. Em verdade, há um ganho de justiça, felicidade ou paz, “mas a perda permanece, e é uma confusão de valores dizer que, embora minha liberdade individual seja jogada fora, algum tipo de liberdade é aumentada”⁶⁹.

Amartya Sen⁷⁰ critica o entendimento liberal de que o crescimento econômico e a não interferência estatal sejam fins em si mesmos. Para ele, a expansão da liberdade não é apenas o fim, mas o meio para o desenvolvimento, porquanto a finalidade do desenvolvimento está atrelada à constante avaliação das liberdades

⁶⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. In **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.ht>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁶⁷ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 232.

⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 40.

⁶⁹ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 231.

⁷⁰ A base teórica de Amartya Sen assenta-se nos postulados desenvolvidos por John Rawls, especialmente nos conceitos de justiça distributiva e de equidade. Esta análise feita no trabalho dos conceitos é afirmada não apenas pela comparação dos autores apresentados, mas, igualmente, na dissertação de mestrado de Lucas Mendes. Cf. MENDES, Lucas. **Liberdade e bens primários**: uma investigação da teoria de John Rawls a partir do liberalismo clássico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2009, p. 94-97.

reais desfrutadas. Além disso, as “capacidades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas”⁷¹.

Nesse sentido, o problema da concepção clássica de liberdade não reside tão somente na desconsideração das diferenças de perspectiva dos indivíduos, mas no fato de que a minoria que concentra as condições sociais e econômicas as tenha conquistado explorando a classe mais vulnerável ou, ainda que não explorando, às custas da não contemplação desses bens pela maioria dos indivíduos⁷².

Isso quer dizer que, sem levar em conta os instrumentos dos quais dispõem os indivíduos para exercer a liberdade, não é possível defini-la e caracterizá-la. É muito simples, especialmente na realidade brasileira, escolher um cidadão desafortunado, apresentá-lo às autoridades, e cobrar-lhes instantaneamente casa, comida, vestuário, educação, etc. Evidentemente tal atitude pode ser razoável em algumas situações, vez que não se apresenta teorias ao desespero. A questão é modificar esse procedimento para transformá-lo em um raciocínio que revele as complexas e diversas vezes comezinhas ponderações institucionais e administrativas necessárias para solucionar questões em patamar coletivo⁷³. E o direito democrático, se pretende ser coletivo e universal, precisa preocupar-se com essa certeza aplicável a todos os casos de igual contorno fático, como a expectativa de tratamento igualitário.

A análise utilitarista de distribuição, que considera o bem de cada um como o bem comum, como se o sentido de vida boa fosse perseguido na mesma medida e em igual escala por todos os indivíduos, comete, do mesmo modo, ofensas à liberdade. Isto porque a engenharia utilitarista não considera, na maior parte das vezes, as desigualdades na distribuição dos bens, levando em conta apenas o somatório total. No mesmo sentido, percebe-se o descaso com reivindicações minoritárias de direitos, pois tais movimentos apenas são considerados quando são úteis ao coletivo. A concepção de bem-estar utilitarista pode ser influenciada por

⁷¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

⁷² BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 231.

⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 45.

condicionamentos mentais e ações adaptativas. O problema, portanto, da conformação de certas condições pelos mais pobres consiste em meios de sobrevivência, mas não de aceitação do modelo de distribuição: de fato, aqueles “destituídos tendem a conformar-se com sua privação pela pura necessidade de sobrevivência e podem, em consequência, não ter coragem de exigir alguma mudança radical, chegando mesmo a ajustar seus desejos e expectativas”⁷⁴.

Amartya Sen⁷⁵, considerando essas premissas e constatações, e no propósito de afastar a igualização quando é a diferença que demanda tratamento adequado, propõe o conceito de liberdade como a expansão das capacidades para que as pessoas possam levar a vida que valorizam. De fato, o sucesso de uma sociedade avalia-se primordialmente segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade podem usufruir. E “essa posição avaliatória difere do enfoque informacional de abordagens normativas tradicionais”⁷⁶, fazendo referência, neste caso, ao utilitarismo.

É nessa acepção que liberdade e igualdade dialogam com a democracia, porquanto são pressupostos de sua manifestação. Somente quando se reconhece esses dois direitos é que se retira a coação quanto às pretensões e apenas no caso de igualdade nas considerações feitas sobre as propostas dos indivíduos é que se pode falar em democracia.

A concepção de desenvolvimento como liberdade para Sen assemelha-se ao conceito de liberdade positiva de Isaiah Berlin. De fato, o principal aspecto da liberdade positiva consiste no fato de que conceito negativo do termo não basta, porquanto liberdade não pode ser tão somente ausência de coerção. Ela requer, necessariamente, a capacidade para realizar a escolha que a liberdade negativa revela como possível. A liberdade positiva centra-se nas demandas dos indivíduos por um autogoverno que mobilize movimentos públicos “mais poderosos e

⁷⁴ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 231.

⁷⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 33.

moralmente justos de nosso tempo”⁷⁷, retirando do centro burocrático as tomadas de decisão na esfera pública.

O poder teve de ser questionado não do ponto de vista do governante, mas do governado, para alcançar potencial democrático substancial. Para dizer que o indivíduo precisa ser dotado de razão e consciência, é preciso dar-lhe acesso às informações e aos procedimentos de interligação entre elas para o seu conhecimento e o juízo avaliatório da decisão pública⁷⁸.

Mangabeira Unger⁷⁹ trabalha a ideia do “comunitarismo liberal” quando descreve a verdadeira democracia. Para ele, o aspecto comunitário seria a crença de que os assuntos mais relevantes devem ocorrer em grupo e não em histórias individuais; já o elemento liberal consistiria no impedimento de considerar “a concepção reacionária e despótica de comunidades que englobam tudo e todos, principalmente quando são baseadas em ‘laços naturais’ anteriores a ação e escolha conscientes”⁸⁰.

Alexis de Tocqueville⁸¹ descreve a teoria democrática a partir do acoplamento empírico da igualdade à liberdade e, para isso, defende a coexistência harmônica entre o desenvolvimento igualitário e a liberdade. O liberalismo formal é insuficiente para promover a liberdade e, especialmente, para enfrentar a “uniformização e centralização do poder político e do conseqüente desaparecimento dos corpos intermédios”⁸².

A igualdade é ponto relevante na definição de democracia. Essa ideia de natureza, a isonomia, é o fundamento da democracia moderna⁸³. A participação

⁷⁷ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 269.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 437.

⁷⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 182.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 182.

⁸¹ FRANCO, Livia. **Pensando a democracia com Tocqueville**. São Paulo: Edições Loyola, p. 213.

⁸² *Ibidem*, p. 213.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 378.

democrática desenvolve-se a partir da lógica da igualdade⁸⁴. O fundamento ético da democracia consiste no reconhecimento do indivíduo como interlocutor apto a expor os seus argumentos no espaço público. Nesse pressuposto, está a força moral da democracia, “aquilo que faz idealmente – insisto no idealmente – da democracia a forma mais alta, humanamente mais alta, de convivência”⁸⁵.

Igualdades e desigualdades afetam as chances de hegemonia e de competição política por intermédio “de dois conjuntos diferentes de variáveis, pelo menos: a distribuição de recursos e habilidades políticas e a criação de ressentimentos e frustrações”⁸⁶.

O reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos também protege a própria liberdade de participação no jogo democrático, sendo verdadeiros pressupostos para a sua realização. Inclusive esse direito deve ser reconhecido para situações em que já haja certo repúdio, como, por exemplo, em temas morais contra grupos raciais: o Estado deve permitir o debate sobre toda e qualquer questão, acompanhado da responsabilidade atribuída a cada participante do contexto discursivo coletivo⁸⁷.

Esse sentido de democracia, é importante destacar, embasa-se em dois postulados, segundo constata Virgílio Afonso da Silva⁸⁸: democracia como princípio, relativa à garantia procedimentais e processuais que permitam o acesso aos direitos aos cidadãos; e como política, segundo a qual membros vinculados pela moral a essa comunidade são hábeis a decidir conjuntamente questões relativas ao bem-estar geral, aos interesses coletivos. De acordo como primeiro postulado as decisões legitimam-se pelo conteúdo, não importando quem decida – se forem justas, significa que respeitaram a democracia. Caso o postulado principiológico

⁸⁴ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 20.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 422.

⁸⁶ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 91.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 242.

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e democracia**: um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

caiba ao tribunal, sua legitimidade estará vinculada à correta decisão e dependerá unicamente dela. Outras decisões têm sua legitimidade variável pela subjetividade, ou seja, o importante é quem decide: regra de maioria em uma instituição representativa. Nessa linha, as decisões são legítimas porque correspondem à vontade da maioria.

Passa-se, agora, à análise do critério da representação como elemento democrático.

1.1.2 Representação e participação do indivíduo no jogo democrático

A democracia representativa se embasa no voto popular, mas não veicula a decisão dos eleitos. Mesmo na democracia direta também se decide por intermédio da maioria e quem permanece em minoria fica subordinado à vontade heterônoma da maioria. Assim, a única possibilidade de efetiva autodeterminação popular seria em uma democracia direta na qual todas as decisões fossem tomadas à unanimidade. Isso, todavia, não é possível.

A representação é intermediária entre o governo oligárquico e a democracia direta. O procedimento permite que as demandas da sociedade sejam defendidas e endereçadas por representantes.

Tanto é que Celso Campilongo⁸⁹, ao discorrer sobre democracia, estabelece que a regra da maioria não é suficiente para tutelar todos os interesses legítimos. Nem todas as decisões de uma democracia são assistidas pelo critério da maioria. O método democrático consiste em um sistema institucional para a tomada de decisões políticas, pelo qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleito. E, nesse sentido, o sufrágio é o instrumento por meio da qual a representação se apresenta e se realiza⁹⁰.

Para a definição do modelo democrático, o jogo democrático deve permitir a representação e o direito de participação equitativa de cada um dos cidadãos nas escolhas públicas, e, assim, possibilitar a manifestação da cultura homogênea, concebida como o estabelecimento de objetivos comuns, a proteção dos direitos

⁸⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 36.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 403.

fundamentais e a garantia de igualdade entre os cidadãos⁹¹.

Essa homogeneidade consiste em elemento importante na conformação democrática porque representa não a anuência de todos os indivíduos de uma comunidade à perspectiva da escolha pública, mas, sim, a homogeneidade quanto às regras de participação e às formas de enxergar a liberdade e a igualdade. Se a democracia permite a divergência e a manifestação de ideias antagônicas, em algum nível deve haver homogeneidade entre os indivíduos, principalmente no que tange aos acordos e às formas de discordar. Este aspecto será aprofundado no item sobre consenso, dissenso, maioria e minoria.

Retornando à representação, ela é desenhada com alguns elementos a partir dos quais pode-se definir democracia como o “poder em público”. Os expedientes institucionais devem obrigar os agentes públicos à tomada de suas decisões de modo a possibilitar que os jurisdicionados acompanhem as modalidades de tomada de decisão e delas participem⁹².

Essa ideia de representação dinâmica implica no fato de que os arranjos de poder de uma sociedade não estão refletidos apenas na política e nas instituições políticas. Há uma série de mecanismos com real influência, não imediatamente visíveis, mas substancialmente determinantes⁹³. As decisões públicas não se originam unicamente das formas clássicas de representação, ou seja, da lei, mas também de outros fóruns de deliberação. Este aspecto será aprofundado no subtópico sobre a responsividade da representação.

A democracia necessita dar a oportunidade de expressão a todos os grupos sociais. Mesmo quando não acolhida a demanda de um determinado grupo na decisão pública, a sua participação no processo de escolha confere legitimidade democrática à decisão.

Para se ter a dimensão da importância da participação individual e representativa, Bobbio preconiza que “o único caso em que se pode falar de decisão

⁹¹ DAHL, Robert. *On democracy*. Yale: Yale University, 1998, p. 85.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 386.

⁹³ *Ibidem*, p. 395.

de massa é o caso da aclamação, que é exatamente o oposto de uma decisão democrática”⁹⁴. No entanto, não é o tamanho da sociedade que revela, necessariamente, o grau democrático, mas, sim, para quem as decisões são tomadas.

A representação democrática exige que os representantes exerçam o mandato com transparência, pois a publicidade dos debates no parlamento permite (ou deve permitir) o controle pelos cidadãos das decisões na esfera pública. A representação somente se desenvolve na esfera da publicidade. Não é compatível com a democracia o acobertamento de dados ou o ocultamento de razões no debate público. Isso porque “representar significa tornar visível um ser invisível por meio de um ser que está presente publicamente”⁹⁵.

A publicidade dos debates públicos subordina os poderes ao dever de justiça e de razão, com o propósito de que cada indivíduo seja convencido de que essa busca é de boa-fé. A mesma representação parlamentar somente poderá se desenvolver na esfera da publicidade.

Muitas vezes, há aparência de publicidade, porque os argumentos e a defesa de pontos de vista são lançados abertamente, mas as decisões não se dão de tal forma, o que reflete deficiência democrática.

O sistema representativo também é questionado a partir da própria ideia de participação direta dos indivíduos na decisão pública. A exigência de participação do cidadão na formulação do direito apresenta-se, assim, como uma reação às deficiências próprias do sistema representativo. Há alguns impasses pragmáticos próprios da participação, como, por exemplo, o fato de, mesmo representado, o indivíduo pretender participar diretamente da sociedade politicamente ativa⁹⁶.

Isso faz com que seja necessário haver mecanismo de abertura constante às divergências, de modo a permitir a ingerência das mais diferentes perspectivas na formulação do direito e nas escolhas públicas. Nesse passo, a participação não se

⁹⁴ *Idem*, p. 378.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 387.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 408.

expressa por intermédio da integração e estabilização das relações, mas, sim, pela constante tensão das relações e das posições na arena pública, orientadas para a distribuição e alteração do poder nos domínios sociais⁹⁷.

As escolas de pensamento jurídico apresentam uma suposta racionalidade imanente no desenvolvimento do direito, que não existe sem a participação democrática efetiva⁹⁸. É que o direito somente se racionaliza democraticamente com a participação do indivíduo.

A justificação da democracia está no pressuposto de que o indivíduo singular, “o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse”⁹⁹.

Os regimes democráticos devem criar fóruns de representação para promover a articulação estratégica para deliberação. O sistema decisório “de soma positiva ligado ao povo pelo cordão umbilical da representação, tem uma soma positiva também em favor do povo”. Em outros termos, as condições necessárias, ainda que não suficientes, à democracia são as que reconhecem e permitem a manifestação do cidadão como possibilidade constante de contestação dos representantes. A oportunidade de participação e de contestação é subdividida na criação de condições para o exercício dos oito atos e expedientes eleitos por Robert Dahl como fundamentais ao exercício democrático¹⁰⁰. São eles: o direito ao voto, o direito a ser eleito, o direito dos líderes políticos de competirem por apoio eleitoral e votos, eleições livres e honestas, liberdade de reunião, liberdade de expressão, fontes alternativas de informação e instituições hábeis para validar as medidas do governo a partir de participação popular¹⁰¹.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 411.

⁹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 100.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 424.

¹⁰⁰ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 26.

¹⁰¹ LIJPHARTM, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 69.

A importância da participação do indivíduo¹⁰² na arena pública permite a sua reabilitação frente à sociedade e a sua decisão sobre as diretrizes das ações sociais, não mais sob influência da força estatal, interna ou externa, mas de acordo com sua própria vontade.

O ideal democrático contemporâneo seria a poliarquia, porquanto regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação¹⁰³, foram os que alcançaram a maior proximidade entre indivíduo em sociedade e decisões públicas. Uma forma de permitir a contestação seriam os conselhos. Os conselhos são fóruns de deliberação sobre políticas públicas, são paritários e compostos por membros do governo e da sociedade civil, os quais apresentam pleitos aos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário a fim de subsidiar suas decisões, além do que podem formular diretamente as pretensões¹⁰⁴.

Uma segunda consequência da participação é a descentralização da tomada de decisões. Para que a descentralização se viabilize, a sociedade civil precisa ser reordenada com vistas a satisfazer duas exigências elementares: “que nenhum grupo esteja persistente e significativamente em desvantagem no seu nível de associação, e que a ordem organizacional inteira resista a um impulso recentralizador”¹⁰⁵.

Luigi Ferrajoli¹⁰⁶, enaltecendo a participação popular direta em ensaio sobre a

¹⁰² FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a democracia deliberativa** de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

¹⁰³ DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 31.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *In Revista Trimestral de Direito Público*, nº1: 127-139, 2005, p. 138. Alguns exemplos de participação popular: “participação da comunidade nas ações de seguridade social (art. 194, VII – CF); -participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (art. 10 – CF); colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XIII – CF); -colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade (art. 31, § 3º- CF) -participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta – (art. 37, §3º- CF) [...]”.

¹⁰⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 184.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

democracia, assinala que a separação dos poderes lida na modernidade pressupõe subordinação da jurisdição à legislação e subordinação da legislação à Constituição.

Na democracia participativa, a opinião pública sustenta a democracia representativa, pois os representantes requerem a correspondência de suas decisões à vontade popular. Em sentido oposto, os contrários à democracia representativa não possuem proposições. Esta participação tem uma razão de ser no propósito de construção democrática, pois é ela que permite o que se denomina “teste de correspondência”, denominação do teste de legitimidade atribuído, realizado por aquele que pretende avaliar o nível democrático, a quem realiza o cotejo entre a norma diretiva de um comportamento e o contexto social a partir das manifestações dos indivíduos.

Mangabeira Unger¹⁰⁷ apresenta a concepção de democracia radical e compreende que a reconstrução de uma sociedade é uma tarefa maior do que solucionar questões rotineiras, ou questões de acomodação de interesses. Quando faz referência ao comum denominador entre pragmatismo social e experimentalismo democrático, apresenta-o como a “divinização da humanidade”, consistente na noção de que a melhor forma de ser é o equilíbrio entre a individualidade e a empatia.

Na mesma tônica está a apresentação da perspectiva da Análise Jurídica da Política Econômica¹⁰⁸, preocupada, na esfera do estabelecimento de relações de troca (econômicas, portanto), em concentrar a pesquisa e o constante

¹⁰⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 18.

¹⁰⁸ Teoria desenvolvida por Marcus Faro, consistente na “O dinamismo da economia de mercado tem produzido efeitos ambíguos. De um lado, proporciona o crescimento da riqueza geral; de outro, falha em promover, de maneira equânime, a fruição de direitos fundamentais entre indivíduos e grupos no mundo. Argumenta que as abordagens jurídicas de questões economicamente relevantes não têm contribuído para superar essa dificuldade. Em seguida, discute a importância da moeda como instituição social complexa envolvida na promoção da liberdade e a caracterização da economia de mercado como sendo formada de agregados contratuais com componentes reais e monetários. Finalmente, propõe o emprego de uma abordagem interdisciplinar para a elaboração de critérios derivados de análises empíricas e destinados a compatibilizar o dinamismo transformativo da economia de mercado com a equânime fruição de direitos humanos e fundamentais”. CASTRO, Marcus Faro. **A análise jurídica da política econômica**. Disponível em: <http://www.academia.edu/19155658/An%C3%A1lise_Jur%C3%ADdica_da_Pol%C3%ADtica_Econ%C3%B4mica>. Acesso em: 20 mai. 2017.

questionamento das regras quanto aos seus efeitos concretos, representados tanto na técnica quanto no direito para medir a fruição empírica dos direitos fundamentais¹⁰⁹.

A perspectiva pode parecer utópica, e esse distanciamento da sua realização pode ser o grande impeditivo de ações públicas voltadas à sua realização. A história do Direito¹¹⁰ tende a explicar a realidade com base nas instituições existentes. Contudo, não se presta a ser um modelo pronto, estanque e perfeito, pois as vicissitudes dos processos são recorrentes. Concomitantemente à evolução dos tempos, devem evoluir o Direito, as instituições, as premissas em que se embasam as decisões para alcançar a correspondência entre orientação normativa e vontade popular.

O diálogo transparente e igualitário entre os indivíduos participantes do processo político é requisito fundamental para que o entendimento público e as ações sociais sejam legítimos. O mundo não poderá ser outro senão a expressão do dia a dia de quem faz parte da sociedade. No cotidiano, as interpretações são construídas sem problemas, na base da partilha, pelos sentimentos sobre os porquês das coisas e das ações e acerca das normas da ação comunicativa. Surgem duas questões importantes e derivadas da busca da legitimidade e da correspondência¹¹¹: no ocidente, os espaços públicos para debates datam do século XVIII e, ainda que tenham sido estabelecidos para que as discussões públicas se tornassem possíveis, acarretavam a construção dos espaços sociais em que o diálogo já havia constituído. Ou seja, muitas vezes, existiam apenas para apresentar uma perspectiva deliberativa quando, na verdade, a decisão para vincular todos já havia sido tomada.

¹⁰⁹ CASTRO, Marcus Faro de. **Direito, tributação e economia no Brasil**: aportes da análise jurídica da política econômica. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/007.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

¹¹⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 18.

¹¹¹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva**: o ST e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 33.

Guillermo O'Donnell¹¹² aborda a questão da promoção democrática por intermédio do que denomina agência (ou cidadania). O agente consiste no indivíduo com razão prática¹¹³ e habilidade de avaliação e escolha, que utiliza com capacidade intelectual no propósito de tomar decisões em virtude de sua situação e objetivos.

Assim, não basta o direito permitir a eleição do representante, na medida em que a democracia depende expressamente da participação do agente na formulação das decisões tomadas em comunidade. É a condição para o indivíduo ser titular de direitos e demandar no ambiente público a sua efetivação.

Para corroborar essa perspectiva, Jeremy Waldron¹¹⁴, ao abordar a democracia, enaltece a figura do reconhecimento de direitos como uma demonstração de confiança na habilidade moral dos indivíduos, capacidade esta atinente à convicção de que cada indivíduo pode e deve tomar suas próprias decisões em conformidade com as suas preferências morais¹¹⁵.

Há um outro ponto relevante sobre a participação. É o fato de que nem sempre a efetiva participação é reconhecida como característica inerente à democracia. Aliás, é muito possível que haja grupos sociais mais engrenados na esfera pública que possam excluir ou transfigurar os interesses dos grupos que não tenham capacidade de articulação¹¹⁶. A cognição desse tipo de debate deve perpassar todas os exames de legitimidade, principalmente os que o judiciário venha a promover quando diante do questionamento da constitucionalidade das normas, assunto que será abordado mais adiante.

¹¹² O'Donnell, Guillermo. **Democracia, agência e estado**: teoria com intenção comparativa. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 44.

¹¹³ Razão prática é a que orienta o indivíduo a solucionar problemas práticos, em oposição ao particularismo dos julgamentos morais.

¹¹⁴ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Conditions of Democracy*. In **The Journal of Political Philosophy**. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9760.00058/abstract>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

¹¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63.

¹¹⁶ A limitação das escolhas é encontrada no próprio procedimento porque a legitimidade da escolha também deve ser complementada pela incursão do elemento da alteridade no processo.

Como complemento dos pressupostos da representação e da participação, a correspondência entre esses dois polos é atestada pelo que já foi apresentado, mas será a seguir aprofundado.

1.1.3 Responsividade, accountability e descentralização das decisões na arena pública

Se a democracia é um regime de governo em que os indivíduos participam do debate público, essa participação pragmaticamente precisa ser acompanhada do dever de responsividade por parte dos representantes.

Robert Dahl¹¹⁷ compreende a democracia como responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, ou seja, aquele “sistema político que tenha, como uma de suas características a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos”¹¹⁸. Para que o governo seja responsivo às demandas dos cidadãos, estes indivíduos devem ter o direito de formular suas preferências, de organizar e aderir a organizações, de expressar-se e de votar. Também devem ter o direito expressar as suas preferências a seus pares através de ação individual e coletiva. Os cidadãos, ainda, poderão ter suas preferências de igual modo consideradas nas ações do governo.

O dever de responder às demandas da sociedade leva, certamente, a conflitos e a divergências de opiniões. A homogeneidade dos membros de uma sociedade deve atingir o nível mínimo, como elemento de base na formação de uma democracia, seja com relação aos valores elementares, mas, principalmente, quanto às regras do jogo.

A homogeneidade é representada pela coesão geográfica e de referência ao Estado-nação, pelo compartilhamento de valores como liberdade, igualdade e participação política, ainda que haja diferenças na concepção de tais valores, os conteúdos semânticos que possam ser atribuídos, bem como no crédito conferido às

¹¹⁷ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 26.

¹¹⁸ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 26.

instituições e aos representantes pessoalmente considerados. Democrático, aqui, está sendo considerado o aspecto contínuo de participação na elaboração e no processo decisório político.

Isso significa que decisões tomadas pela coletividade remetem ao seu destinatário, ou seja, à coletividade como um todo¹¹⁹. E assim o é porque a unanimidade, caso fosse verossímil, poderia representar uma “destruição muito mais grave do espírito público: a homologação ideológica e o fim do pluralismo e do conflito político e, portanto, da própria liberdade: o que, contudo, caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso que o livre consenso”¹²⁰.

Nesse sentido, o modelo de Robert Dahl¹²¹ consiste na reunião de condições para aferir se uma dada sociedade é controlada pela maioria sem considerar as minorias¹²². Essa perspectiva binária de maioria e minoria e essa alcunha decorrem do conflito político.

Este conflito faz surgir as leis e, então, a solução para o próprio conflito político, já que uma decisão deverá ser tomada. É um elemento da vida social que a doutrina não consegue explicar. Utilitarismo, consenso, racionalismo e historicismo não se afastam do dever proposto pela teoria social, objetivando engendrar conjunto explicativo da sociedade. Apenas há conflito onde há espaço para manifestação das divergências e é neste aspecto que reside a premissa democrática: a liberdade de manifestação do ponto de vista.

A adoção de um modelo responsivo expõe a autoridade pública à crítica social. E não é por outra causa que o seu primeiro fundamento é a soberania dos propósitos ou intentos sociais. Nisso está o centro das virtudes e da complexidade do modelo responsivo. O modelo se relaciona com a inafastável sensibilidade para as questões da sociedade, enquanto que a maior complexidade se refere ao

¹¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 38.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

¹²¹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 200.

¹²² SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 200.

desenvolvimento de instituições hábeis a conciliar racionalidade formal e material para colher a intenção da sociedade, do indivíduo em coletividade. Essa combinação influencia a análise jurídica e por isso dificulta sua separação da avaliação política e empírica. Rompe, portanto, com a matriz paradigmática do direito autônomo ou autocentrado¹²³.

O deslocamento do centro decisório permite o extremo argumentativo de caracterizar a norma como “conselho”, assistido por comportamentos oriundos da ideia de que as regras podem ser ignoradas com base em razões políticas circunstanciais, interesses de grupos ou urgências singulares. Há, também, a noção de que toda lei é uma regra subordinada às pretensões de cada sujeito ou situação. A lei imperativa se transmuta em um simples conselho, que pode ou não ser obedecido de acordo com as circunstâncias¹²⁴. Há coexistência com outras fontes de direito, as quais possuem a aptidão de orientar e definir os comportamentos dos indivíduos em sociedade.

A própria concepção de direitos subjetivos, tal como foi interpretada no século XIX, também sofre alterações. O aparecimento de grandes grupos de prejudicados cede lugar aos interesses individuais homogêneos; o surgimento de bens coletivos provoca o reconhecimento dos interesses difusos. Todas essas categorias são absorvidas desde fora, e, reiteradamente, por intermédio de leis especiais e fontes normativas paralelas ao centro decisório comum¹²⁵.

¹²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 61.

¹²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

¹²⁵ Sobre a responsividade, é “necessário incluir a ideia básica de que a ação do governo está vinculada aos desejos e necessidades da população, dentro da análise de um governo democrático, e dentro da interpretação reflexiva da perspectiva oferecida aqui. A responsividade pode ser retratada como compatível com a democracia na medida em que os procedimentos democráticos possam se consolidar por meio da deliberação e ao mesmo tempo exista a certeza do respeito à legalidade. Estas reflexões destacam que medir a qualidade da democracia não deveria depender apenas da responsividade. A responsabilidade também é um indicador da qualidade da democracia e um contrapeso da responsividade. Análises exaustivas da democracia deveriam incluir as dimensões e princípios principais, enquanto sempre mantenha em mente que a democracia é um conceito limítrofe sensível a potenciais conflitos de objetivos”. LAUTH, Hans-Joachim. Critérios básicos para a democracia: é a responsividade parte de seu círculo íntimo? *In Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan./abr. 2013, p. 135.

A participação da sociedade, ampliada e organizada, promove medidas de inclusão e os setores antes excluídos passam a ocupar posições públicas. Não é apenas o exercício da representação que permite a apresentação de demandas das frações sociais, mas também o aumento do acesso aos processos e debates, o que torna o representante mais responsivo aos cidadãos que o elegem.

Não reconhecer essa responsividade¹²⁶ representa o fetichismo institucional¹²⁷ de Mangabeira Unger ou, então, a violência argumentativa. A falta de relacionamento e a “violência” de certas formas de argumentação são absolutamente danosas e prejudiciais à democracia. A democracia não pode ser “esta coisa limitada, condicionada, amputada, sequestrada”¹²⁸ e precisa de debates abertos para que a sociedade civil enfrente a contradição e deixe de viver à margem das decisões tomadas na arena pública.

O Estado de Direito¹²⁹ coincide com a legalidade, primeiramente. No entanto, na sociedade complexa, aponta-se a coexistência do Estado de Direito com o Estado paralelo – um Estado marginal ao Estado de direito. O Estado paralelo cria-se em espaços extralegais ou de legalidade atenuada. É resultado de uma diferença básica entre as duas estruturas: por um lado, uma matriz jurídico-institucional que formaliza e torna oficiais inúmeros campos da vida social por intermédio da lei; do outro, um costume social de ações e omissões do Estado na rotina da regulação social. Além disso, o Estado de Direito funda-se no princípio da publicidade, o que é decorrente diretamente do império da lei. No Estado paralelo, ao invés de se ter a publicidade da informação, dá-se lugar ao segredo, ao mistério e à invisibilidade do poder.

Esse fenômeno de responsividade na sua ampla concepção coincide com o que se denomina de democracia monitória. A democracia monitória seria uma “nova

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

¹²⁷ Essa concepção de que o direito teria o condão de satisfazer todas as pretensões, em nível aparente, porque registrado em documento de regência da sociedade, Mangabeira Unger dá o nome de “fetichismo institucional”.

¹²⁸ PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa – cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. In **Civil Procedure Review**, Munchen, v. 5, n. 2, mai/ago, 2014, p. 76.

¹²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 114.

forma histórica de democracia”, uma mutação política do tipo “pós-parlamentar”, conceituada pelo exponencial crescimento de múltiplos mecanismos extraparlamentares de escrutínio de poder, isto é, interna ou externamente aos fóruns comuns de decisão pública, monitores independentes de poder são formas reais de elaboração de regras e mantêm partidos políticos e parlamentares eleitos permanentemente atentos, dificultando suas vidas e questionando a sua autoridade, conduzindo-os a mudar seus compromissos¹³⁰.

Estar-se-ia frente à quebra do culto à regra da maioria, vinculado à democracia representativa, sendo o tempo da democracia monitoria o tempo das pesquisas, dos grupos de observação e das, petições *online*, inclinado a aumentar o direito de voto a uma quantidade maior de falantes ainda que para representantes não eleitos.

Logo, a responsividade é o elemento de conexão entre o produto do poder representante e o que é demandado pelo representado. Relaciona-se, pois, com a qualidade da democracia, porquanto a representação é insuficiente para atestar a aderência das escolhas públicas às pretensões do indivíduo. Para isso, a transparência das decisões e dos processos decisórios tem fundamental importância na construção democrática. Em paralelo, o foco na manifestação da vontade do indivíduo promove a descentralização dos centros de tomada de decisão e a pulverização do exercício democrático.

1.1.4 Conflito, minoria e maioria, consenso

A contemporânea teoria democrática do discurso jurídico insiste em um dos principais desafios: tomada de decisão no caso de conflito.

De forma mais simples, a decisão quando há divergência de opiniões e vontades em uma democracia é tomada pela maioria. E há uma razão importante para o estabelecimento da regra da maioria. De fato, sua criação tem como razão de ser a cidadania. Apesar do notável avanço do elo entre a regra da maioria e a cidadania, no sentido de permitir a todos a participação equânime no debate público,

¹³⁰ PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa – cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitoria. In **Civil Procedure Review**. Munchen, v. 5, n. 2, mai/ago, 2014, p. 82.

essa dinâmica possui diversas limitações estruturais, bem como necessita de mecanismos de reprodução e mediação. Essa submissão a tais mecanismos é intercruzada e se caracteriza pelo impacto que causa nas realidades em que é construída. A regra da maioria pode ser vinculada à gênese da democracia pelo único tipo de direito reconhecido pela doutrina – o direito estatal. Isso exclui as outras formas de direito. Paradoxalmente, a regra da maioria habilita a convivência de um direito democrático territorial com outras formas de direito, inclusive despóticas¹³¹.

Quer dizer que quanto mais próximo da maioria, mais livre seria o indivíduo, e, democrático, o governo. E a minoria? E quando há mudança de vontade popular frente ao que foi decidido, anteriormente, em ambiente deliberativo? E quando o cidadão é apenas inserido em uma dinâmica já existente sem que tenha concorrido para as escolhas postas?

Esses questionamentos impulsionam a análise da minoria. Kelsen¹³² preocupa-se com a minoria e a considera fundamental para o exercício democrático. Num país com dimensões geográficas de alta escala e forte pluralismo, o modelo majoritário não é o que melhor reflete a democracia: a prevalência da regra majoritária não será apenas antidemocrática, “mas também perigosa, uma vez que as minorias que têm seu acesso ao poder sistematicamente negado irão sentir-se excluídas e discriminadas, podendo perder o senso de lealdade ao regime”¹³³.

A regra da maioria tem aplicabilidade sobre um determinado e limitado conjunto de pessoas, num território delimitado e num certo período da história. Sua legitimação depende da forma como tais fatores estejam interligados num determinado quadro social e dos critérios para a regular revisão da distribuição desses elementos. Portanto, sua legitimação é eventual¹³⁴.

Por outro lado, isso não significa que, para proteger a minoria, as decisões no

¹³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 96.

¹³² KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

¹³³ LIJPHARTM, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 52.

¹³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 42.

âmbito político deverão ser tomadas pelo pleito da minoria, mas, sim, que as demandas da minoria deverão estar agregadas na tomada de decisão. A defesa apenas dos interesses da minoria passa a ser considerada como anômala na estrutura política, pois, se de um lado, a democracia evita a tirania da maioria e também da minoria, de outro, não pode permitir que a vontade de uma delas sobreponha-se à da maioria.

A regra da maioria, como o princípio da legalidade e demais princípios basilares da plenitude e legitimidade do Estado de Direito, compõe uma ordem democrática conflituosa e jamais acabada, resultado de um empenho competente e, especialmente, original¹³⁵.

Aceitar o direito absoluto da maioria de impor sua vontade sobre a minoria é o mesmo que designar uma regulação que se estabelece, a longo prazo, contra a própria essência da democracia. Se a maioria vence em um processo democrático, passa a ser detentora de poder ilimitado, quase absoluto, de modo que o primeiro vencedor se estabelece como um vencedor permanente. E essa realidade tem o condão de aniquilar a democracia na medida em que seu pressuposto consiste em permitir a conversão das majorias em minorias e vice-versa¹³⁶.

Não reconhecer os direitos da minoria implica em permitir a tirania da maioria; “num contexto eleitoral, a expressão tirania da maioria é inaplicável”¹³⁷.

A democracia deve ser o resultado da soma das opiniões. Se o critério de maioria é transformado em poder absoluto da maioria, a consequência será que a minoria se tornará “não povo, uma parte excluída”. A democracia, portanto, pode ser compreendida como o poder da maioria restringido pelos direitos da minoria. E “é precisamente porque o poder da maioria é restringido que todo o povo (todos aqueles que têm direito de voto) está sempre incluído no *demos*”¹³⁸.

Outro aspecto de relevância a ser enaltecido sobre a participação na arena pública se refere ao tipo de demanda colocado no debate. Os dois aspectos do

¹³⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹³⁶ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 45.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 187.

¹³⁸ *Idem*, p. 55.

critério majoritário aplicados à esfera pública são: a sua circunscrição, por um lado, que baliza a atuação do Estado e impossibilita o setor público de adentrar no setor privado; por outro lado, os grupos privados, que não estão aptos, teoricamente, a submeter a vontade majoritária aos seus interesses¹³⁹. Noutras palavras, no mesmo passo em que as decisões majoritárias não devem influenciar a esfera privada, as individualidades do privado não podem interferir na esfera pública.

É importante deixar claro que minoria não significa necessariamente número menor de cidadãos que articulem ou postulem determinada decisão pública, já que as minorias podem ser “minorias de poder”, não necessariamente menor número de indivíduos.

Na poliarquia, o dilema da maioria centra-se justamente sobre o conflito¹⁴⁰ ou dissenso, que consiste no elemento fundamental da democracia, na medida em que apenas em ambientes nos quais se permite a divergência é que ocorrem as opiniões contrárias, reconhecendo-se a liberdade de manifestação dos pleitos em ambiente público. Quanto mais intenso o conflito entre um governo e seus adversários, menor será a tolerância de cada um para com o outro. Como a oposição precisa ganhar o controle do Estado para forçar os governantes a avaliarem sua proposta, formula-se a proposição geral: a probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta com a diminuição dos custos da tolerância; a probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta na medida em que crescem os custos de sua eliminação; quanto mais os custos da supressão excederem os custos da tolerância, tanto maior a possibilidade de um regime competitivo¹⁴¹.

Entretanto, o conflito e o contraste entre as organizações representam aceitação de algumas regras do jogo democrático: a combinação de conflito e conciliação é facilitada quando há aceitação da autoridade hierárquica das organizações¹⁴².

¹³⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 51.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

¹⁴¹ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 33-37.

¹⁴² *Ibidem*, p. 141.

A possibilidade de discordância compreende e pressupõe que os grupos se respeitem mutuamente e que aceitam as regras estabelecidas, inclusive, de derrota e do tratamento que esses dissensos terão: não serão descartados, mas considerados e envolvidos por uma perspectiva e que é esse dissenso que protege e favorece a democracia¹⁴³.

O aumento da participação e da contestação públicas implica em uma redução das sanções extremas contra uma porção maior da sociedade¹⁴⁴.

O assunto já havia sido abordado por Alexis de Tocqueville quando visitou os Estados Unidos. Após examinar a estrutura federativa do século XIX, detectou que instituições provinciais afastam o despotismo, pois há uma tendência nos governos centralizados de concentrar o poder. Nesse sentido, “as instituições comunais são para a liberdade aquilo que as escolas primárias são para a ciência, pois a colocam ao alcance do povo, fazendo-o gozar do seu uso pacífico e habituar-se a servir-se dela”¹⁴⁵.

O modelo de Dahl é central em todos os debates sobre configurações de poder real das sociedades políticas, na medida em que institui condições de teste para verificar “se uma sociedade política é ou não controlada por um único grupo coeso de poder, por uma elite dominante (segundo a definição de Dahl) ou (como prefiro) por uma classe dirigente”¹⁴⁶.

O consenso, então, é uma denominação da forma de agregar a maioria e a minoria em uma solução para o conflito. A democracia participativa e responsiva fornece elementos para a formação do consenso, que “produz resultados melhores – mas sem a expectativa de que as diferenças sejam muito fortes e significativas”¹⁴⁷.

¹⁴³ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 130.

¹⁴⁴ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 47.

¹⁴⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 54.

¹⁴⁶ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 200.

¹⁴⁷ LIJPHARTM, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 300.

Consenso não é o consentimento real e integral da decisão adotada. Não é consentimento ativo de todos em relação a um assunto. Embora grande parte do que se entende por consenso possa significar aceitação, o sentido na arena pública define consenso-aceitação como um ‘compartilhar’ que vincula¹⁴⁸. Podem ser compartilhados três objetos: valores supremos (bases das crenças), regras do jogo e governos específicos ou políticas governamentais.

Com relação aos valores base de um debate e à construção de escolha pública, por mais que não se exija consenso sobre crenças comunitárias para a existência da democracia, “há evidências inquestionáveis de que, a menos que uma democracia consiga criar, com o passar do tempo, um consenso básico consonante, esta constitui uma democracia difícil e precária”¹⁴⁹.

Isso significa que os atores do espaço de discussão devem compartilhar de certas premissas para que o diálogo seja possível do ponto de vista ideológico, mas que concordam em pertencimento a um grupo e às regras eleitas para que as escolhas sejam realizadas. Não havendo compartilhamento dessas bases, as escolhas devem permitir a acolhida do argumento derrotado.

Na verdade, “um bom indicador de democracia ‘bem-sucedida’ é se ela, com o passar do tempo, adquire um consenso básico, ao passo que a falta ou perda do consenso básico é prova dos erros e deficiências da democracia”¹⁵⁰. E isso se dá seja porque a comunidade precisa estar vinculada por algum elo em comum. Esse é um dos argumentos para refutar, por exemplo, a existência de um direito global vinculativo, porquanto há dificuldade em estabelecer elo comum global que minimamente agrupe as jurisdições.

A falta absoluta de consenso sobre as bases fragiliza o processo democrático, quando não o torna inviável. Tais esquemas nos impedem de lidar uns com os

¹⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 128.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 129.

¹⁵⁰ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 129.

outros como indivíduos inexauríveis em si, como titulares fixos numa determinada ordem coletiva¹⁵¹. É necessária alguma homogeneidade, como já apresentado.

Assim sendo, é importante que as instituições se fortaleçam e isso exige que o discurso jurídico reerga sua habilidade de convencer. Se, por um lado, se exige o compartilhamento para a construção de bases e condições, por outro, as divergências somente podem ser tratadas como possibilidades factíveis de aceitação. Isso quer dizer que a liberdade de dissentir é elemento democrático, pois tanto na aclamação como no consenso tácito, “o dissidente é colocado em condição de não poder expressar seu próprio dissenso com a mesma facilidade com que os consencientes expressam sua própria vontade”¹⁵².

Uma das condições para a permissão do dissenso é o reconhecimento das diferenças entre indivíduos e grupos. A permissão da exposição da diferença é, para Robert Dahl, o pluralismo societal¹⁵³. Em sociedades plurais, nenhum grupo social tem acesso exclusivo a recursos de poder, ou seja, não tem preponderância sobre os demais. Ao contrário, a proposta poliárquica levaria à neutralização recíproca dos grupos em conflito.

As condições de admissão da opinião dos participantes dependem de um sistema de educação, não de doutrinação, e de uma organização de informação plural¹⁵⁴. O problema do conhecimento passa para o primeiro plano também por estarmos enfrentando uma ‘crise de conhecimento’¹⁵⁵. Conhecimento não é informação, mas depende da informação. O conhecimento advém, pois, da articulação em categorias das informações e da possibilidade de formar argumento calcado em bases e premissas racionalmente trabalhadas e organizadas.

¹⁵¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p.16.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 437.

¹⁵³ “Dado um regime em que os opositores do governo não possam se organizar aberta e legalmente em partidos políticos para fazer-lhe oposição em eleições livres e idôneas, que condições favorecem ou impedem sua transformação num regime no qual isto seja possível?”. DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 25.

¹⁵⁴ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 139.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 167.

A efetiva participação do indivíduo nas escolhas públicas faz com que a concepção clássica de coerção estatal seja abandonada ou, ao menos, ressignificada razão pela qual se afirma que “o lugar simbólico fica vazio”, esperando pela formação dos consensos baseados na racionalidade comunicativa¹⁵⁶. A compreensão da possibilidade de divergência viabiliza a aposta paradoxal na formação de novos consensos que contribuirão para a solidificação da solidariedade social.

É o debate racional que legitima o direito¹⁵⁷. Nesse instante, o direito não mais é impositivo. A mediação exercida pelo direito viabiliza a interferência da democracia na forma como os sistemas de desenvolvem. Esse quadro é facilmente perceptível, por exemplo, na aplicabilidade do princípio da função social nas relações privadas, vez que, sem essa interferência jurídica, limites não haveriam para o uso da racionalidade instrumental.

A regra da maioria é uma constante para que a complexidade do sistema seja reduzida como uma das técnicas decisórias de legitimação pelo procedimento. A ampliação da complexidade do sistema jurídico é um dos principais elementos capazes de multiplicar o número de regras, por vezes, “pouco claras e sem eficiência”¹⁵⁸. Ou seja, a regra da maioria, ao invés de cumprir com o papel de estabelecer regras para reduzir as complexidades, pela proliferação de perspectivas na elaboração das leis acaba por estimular a complexidade.

Uma das soluções é a formação de um processo decisório que viabilize os acordos entre os grupos de interesse¹⁵⁹. Além disso, a regra majoritária é mitigada pelo fato de o sistema jurídico não ser o único e central destinatário da imposição dos comandos normativos. A regra da maioria foi criada para ser proposta num espaço claro: a cidadania. A democratização desse espaço é um importante avanço histórico. Contudo, a regra da maioria é submetida a dificuldades estruturais, mecanismos e técnicas de reprodução e mediação.

¹⁵⁶ FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a democracia deliberativa** de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 54.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, v. II, p. 308.

¹⁵⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 36.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 85.

Transferindo essas reflexões para a atuação jurisdicional, o magistrado deveria usar como argumentos primários os motivos que alegariam duas pessoas que conversassem para chegar a um acordo e procurassem por elementos de consenso, sempre que houvesse uma situação igualitária e livre de coação. O nível de amadurecimento que a sociedade apresenta em relação à concepção de justiça – princípios morais recepcionados por pessoas livres, iguais, racionais e razoáveis que operam uma convivência fundada na cooperação, ou seja, os princípios do Estado de Direito Constitucional - também deve ser considerado¹⁶⁰.

Logo, os elementos elencados acima podem ser assim agrupados: os elementos democrático-materiais, que relacionam-se aos pressupostos de liberdade e de igualdade, bem como à responsividade e à *accountability*; os elementos de representação, que são a representação do povo no exercício do poder, a participação do cidadão no debate público e na definição das regras a partir do consenso decorrente do confronto dialógico entre a maioria e a minoria.

A reunião dos elementos permite anunciar que o Poder Judiciário deve participar da promoção democrática. É dizer que, quando se reconhece que o Judiciário trabalha em conjunto com o Legislativo para concretizar o Direito, há de se atribuir à Corte a tarefa de conferência de sentido ao direito¹⁶¹. Complementando o sentido da lei produto do legislador, os julgamentos oriundos da Corte Suprema devem ter estabilidade e tornarem-se obrigatórios, para assim garantir a igualdade e a liberdade da aplicação da lei.

Esses são os elementos fundantes da democracia, os quais, para o propósito do trabalho, permitem que a análise da situação contemporânea de julgamentos no Supremo Tribunal Federal, em questões tributárias, possam ser aprimorados, considerando estes aspectos ora apresentados.

¹⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 185.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 18.

CAPÍTULO 2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONTRIBUIÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DEMOCRÁTICA: O PROTAGONISMO DA CORTE CONSTITUCIONAL DO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal tem a atribuição e o dever de concretizar os direitos fundamentais, dentre os quais o núcleo de garantias tributárias. Luciano Fuck¹⁶², em sua tese de doutoramento, após a análise dos julgados da Corte e para destacar a função do STF na definição de temas relevantes sobre as bases da tributação no Brasil, apresenta conclusão sobre a inconstitucionalidade de emendas constitucionais relacionadas a princípios tributários, na medida em que reputa como cláusula pétrea o conjunto de direitos assegurados na Constituição. Segundo Luciano, a Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais, foi “pedagógica”, por exemplo, ao apresentar a sequência de atos a serem observados para o ajuste da legislação à Constituição. Por outro lado, a demora nos julgamentos compromete a segurança jurídica, tema sobre o qual se tratará no capítulo 4 desta tese.

No que tange à aplicação dos limites formais ao poder de tributar, a Corte não enfrenta dificuldade, inclusive pelo caráter mais direto da regra explicitada na Constituição, mas, por outro lado, as limitações materiais ao poder de tributar já são aplicadas com mais parcimônia. Por fim, há decisões destituídas de coerência, segundo Luciano, como a tomada no bojo da ADI 2588¹⁶³, eleita para esta tese como objeto de estudo para aprimoramento dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no que tange à função democratizante do STF com a análise da forma como a corte se portou quanto à aplicação dos direitos substanciais tributários, deferência aos enunciados normativos resultantes de procedimentos democráticos anteriormente editados e à sua própria jurisprudência, análise da responsividade

¹⁶² FUCK, Luciano. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no Sistema Constitucional Tributário brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. 2014, p. 263-264.

¹⁶³ Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria em face dos art. 74 da MP 2.158, de 2001, e do art. 43 do Código Tributário Nacional.

dos mencionados enunciados normativos, ou seja, a correspondência entre os atos e a manifestada pretensão da sociedade sobre o assunto tutelado.

No intuito de definir os limites e as expansões possíveis para a Corte se engajar na democratização da relação entre contribuinte e Estado, e considerando a separação dos poderes e o denominado protagonismo ou ativismo judicial, a abordagem feita a seguir diz respeito à posição institucional do Supremo Tribunal Federal e ao debate contemporâneo sobre a legitimidade de a Corte tomar decisões em temas que dependam de articulação com outras áreas do conhecimento, como a moral, a economia.

2.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, indicados pelo Presidente da República. Na Assembleia Constituinte, houve propostas de escolha dos integrantes da Corte por votação no Congresso, mas o modelo de escolha pelo Presidente foi o eleito. Não há mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas a experiência brasileira mostra que o prazo médio de permanência na posição é de cerca de oito anos¹⁶⁴.

A Presidência do Supremo Tribunal Federal é exercida pelos pares, mas, pela tradição, são eleitos aqueles mais antigos, desde que não tenham exercido o cargo até o momento da escolha¹⁶⁵.

A atuação dos Ministros na Corte é estudada por diversas óticas¹⁶⁶ e uma constatação relevante consiste na existência de pensamentos e formas de se posicionar institucionalmente, considerando a indicação do Presidente; outra maneira de descrever e avaliar os ministros é revelar o perfil ideológico e como este aspecto interfere nos votos; outra, ainda, revela as alianças dentro da Corte.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹⁶⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Editorial Forense, 2015, p. 27.

Nesse mote, a perspectiva de análise do Supremo Tribunal Federal adotada neste trabalho é a que percebe como a Corte interage com os demais poderes e com sua própria jurisprudência, bem como examina como o exercício judicante pode colaborar com a democracia no que tange à aplicação das garantias tributárias mais relevantes e atreladas à concepção democrática apresentada.

2.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES: CONSIDERAÇÕES GERAIS

É incabível em uma sociedade democrática estancar seus modos de ação e sua função na separação de poderes, ao impor regras para a realidade partindo da teoria do direito e da teoria política¹⁶⁷. É que a perspectiva de separação de poderes como divisão de funções com influxos umas nas outras toma novos contornos, sejam teóricos ou práticos.

A separação de poderes foi pensada como forma decorrente de vantagens apontadas para governos moderados e contidos, bem como para permitir a autofiscalização¹⁶⁸. A justificativa de criação da sociedade política tem como objetivo permitir a edição de leis às quais se deve obediência por conta de acordo comum para que seja respeitada uma regra geral, admitindo-se e justificando-se, por isso, a coerção do direito¹⁶⁹. O poder legislativo, nesse contexto, possui relevância maior do que os demais poderes porque seria esta arena o local em que as manifestações e os interesses do povo seriam apresentados e discutidos, uma vez que ali é que estariam os representantes diretos do povo, verdadeiros detentores do poder.

A democracia envolve a separação dos poderes porque distribui a tomada de decisão que afete a coletividade e assegura a participação dos indivíduos no processo de tomada de decisão pública¹⁷⁰. O modo pelo qual o jogo democrático é realizado demanda regras e instituições para estabelecimento da igualdade.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 20

¹⁶⁸ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013, p. 266.

¹⁶⁹ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. O poder legislativo na democracia contemporânea. *In Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 168, out./dez., 2005, p. 10.

¹⁷⁰ MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *In MOISÉS, José Álvaro. Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: Edusp, 2010, p. 155.

Separação de poderes, originariamente, é a clássica dinâmica dos freios e contrapesos de Montesquieu, que surge como combate ao absolutismo. De fato, não se trata de paralisia institucional, mas de contenção mútua de possíveis abusos dos representantes do poder, que são evitados por meio da contenção e do desmembramento das funções estatais¹⁷¹.

Enquanto que na conformação francesa da separação dos poderes o objetivo consistiu no controle do absolutismo, no caso americano, os próprios governos populares não deixaram de ser arbitrários. É por esse motivo que “contrariamente ao que fizeram os franceses, os americanos não afirmaram a supremacia do parlamento e, reconhecendo que o corpo legislativo não poderia passar sem controles”, constituíram mecanismos de limites ao poder¹⁷².

Paulo Bonavides¹⁷³ evidencia a importância desta concepção clássica de separação de poderes para a consolidação do regime democrático, com destaque para a construção da ideia de liberdade e para o reforço do paradigma da Lei Fundamental como garantia para coibir arbítrios.

A contenção de poder advém e exsurge em contexto de restrição do exercício de poder, pelo que a solução encontrada para o alcance deste objetivo foi não apenas as eleições contínuas, como também a separação das funções políticas.

A forma de separação de poderes tal qual como concebida no século XIX (liberalismo formal) não responde aos anseios da contemporaneidade, que exige a concepção finalística do exercício de poder. Quer dizer que a separação dos poderes não é um fim em si mesma, não existindo apenas para limitação mútua do poder. Ao contrário, é pressuposto de formulação de regras públicas voltadas à satisfação popular.

A separação de poderes se presta a lidar com os conflitos e com as contradições na sociedade, no contexto de uma sociedade plural. Assim, a

¹⁷¹ CASTRO, Marcos Faro de. **Política e relações internacionais**. Brasília: Editora UnB, 2005, p. 65.

¹⁷² ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In AVELAR, Lúcio; CINTRA, Antonio Octavio (org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 32.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

introdução de procedimentos “funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da divisão de poderes aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder a exigências do seu respectivo ambiente”¹⁷⁴.

A única forma de alcançar a democracia é pela existência de um modelo de separação de poderes que permita a conexão das decisões públicas aos argumentos apresentados pelo povo, não de modo simbólico, mas efetivo. Caso assim não seja, “regra democrática e administração profissional podem se tornar ferramentas de tirania”¹⁷⁵.

No entanto, essa crença de que o poder legislativo guardaria o local em que os cidadãos, por seus representantes, poderiam expressar suas vontades e articular a forma como essa vontade seria expressa em uma regra dotada de coercitividade é colocada em cheque. É que há notada e comprovada, atestado pelas ciências políticas, crise de legitimidade no exercício democrático pelo poder legislativo, o que ocasiona e justifica o protagonismo do judiciário, no Brasil e em diversas localidades, assunto sobre o qual se aprofundará a seguir.

Com base em dados do Consórcio Latinobarômetro¹⁷⁶, o Brasil encontra-se medianamente satisfatório no que tange ao grau de satisfação da sociedade com as instituições democráticas. De acordo com o cientista político José Álvaro Moisés, “sendo um fenômeno generalizado entre a população brasileira, a desconfiança política afeta a legitimidade do regime democrático, mas não estimula o surgimento de alternativas antidemocráticas”¹⁷⁷. Isso significa que se atribui às instituições construídas a função mediadora que dá aos cidadãos a possibilidade de discutir e realizar seus anseios e interesses, e que tais instituições atendem medianamente (percentual de até 58% segundo os critérios utilizados no estudo) as pretensões.

Não se está aqui a validar os dados colhidos na esfera das ciências políticas,

¹⁷⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81.

¹⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. *The new separation of power*. In **Harvard Law Review**. Boston: 2000, v. 113, p. 640.

¹⁷⁶ MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. In MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança**: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010, p. 175.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 150.

mas, apenas, a apresentá-los para propiciar o debate acerca da legitimidade do magistrado diante do argumento de que o ativismo e o protagonismo judiciais se devem à crise do poder legislativo (arena ordinária de realização de democracia).

Desse modo, é relevante a análise do que vem a ser a jurisdição constitucional e como ela se desenvolveu dentro da perspectiva da separação dos poderes no Brasil, para compreender como ela se apresenta, hoje, sempre sob o enfoque da sua contribuição para a democracia, regime que resguarda os direitos de liberdade e igualdade, bem como estabelece o poder para os cidadãos, responsabilmente.

A visão contemporânea da democracia parte da separação dos poderes ancorada na Constituição, na execução da decisão e no controle político. O que há, na verdade, é um sistema de interpenetrabilidade, funcionando de forma harmônica, não havendo lugar mais, no Estado Moderno, para poderes estanques e impenetráveis uns em relação aos outros.

Para a manutenção da harmonia, há a previsão de influxos de uma função sobre a outra. A separação de poderes somente pode admitir que uma dada regra seja oriunda da manifestação do próprio destinatário, por intermédio de suas mais distintas formas de expressão. E é nesse contexto que será examinada a função do Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional em última instância sobre as leis em vigor no país.

2.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para Canotilho¹⁷⁸, a justiça constitucional consiste no conjunto de atividades jurídicas desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da compatibilidade das leis com a Constituição, do cumprimento e da atenção às normas e aos princípios constitucionais vigentes.

O exercício da jurisdição constitucional é forma de garantir o núcleo político jurisdicionado. O parâmetro e a forma de apreciar os conflitos geram percepções e reflexões diferentes, especificamente sobre a extensão do controle; se este alcança

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 892.

apenas a literalidade das normas constitucionais ou se alberga igualmente normas programáticas. O exame da questão perpassa a distinção entre controle de legalidade e controle de constitucionalidade.

Luiz Legaz Lacambra¹⁷⁹ enuncia que o controle da legalidade trata do confronto dos atos com os comandos normativos explícitos do texto constitucional, a partir do raciocínio silogístico. Na concepção descritiva do direito, ou seja, de que as regras seriam a expressão de um modelo de vida social calcado em uma visão cristalizada da justiça, a legalidade é uma forma de manifestação do direito, de acordo com a qual o jurista enxerga a existência jurídica. A legalidade, compreendida como a característica do que se amolda aos preceitos normativos, tem nascedouro na ascensão da burguesia ao poder e na instituição de seus valores na estrutura jurídica. De fato, a liberdade clássica, consistente na abstenção da ingerência estatal na esfera privada, de modo a preservar a propriedade e a livre negociação, tinha como fundamento o combate ao absolutismo monárquico, pelo que foi proposto modelo de reorganização das relações políticas para instituição de sistema jurídico o mais abstrato possível, com vistas a evitar o arbítrio e a concentração de poder. Assim, tão mais legal será um ato, quanto maior for sua adequação ao conjunto de normas que o rege¹⁸⁰.

O controle da legitimidade, por sua vez, consiste no proceder judicante em relação ao caráter do ato questionado frente à moral, aos anseios sociais, aos conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, na aceitabilidade por quem recebe a ordem estatal. Bobbio, a respeito, define legitimidade como o ferramental “do Estado, que consiste na presença, em uma parcela da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força”¹⁸¹.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, portanto, deve ocorrer em virtude da incompatibilidade de um dispositivo com o conteúdo de uma regra

¹⁷⁹ LACAMBRA, Luis Legaz. *Legalidad y legitimidad*. In **Revista de estudios políticos**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 1, 1958, p. 6.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varrialle. V. 2., 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 675.

constitucional. Não havendo regra expressa, deve-se procurar no ordenamento jurídico democraticamente construído os sentidos atribuídos ao princípio constitucional, ou seja, nas leis e demais atos normativos, assim como na própria jurisprudência dos tribunais. Em havendo, deve haver diálogo para que a Corte se pronuncie. Em não havendo manifestação, e uma lei sendo contestada diretamente frente a um princípio constitucional, são duas as possíveis ações do Supremo Tribunal Federal: abrir o debate para receber contribuições da sociedade e, assim, complementar o processo democrático (participação do indivíduo, responsividade e abertura para consenso) para, então, decidir a controvérsia judicializada; e declarar a inconstitucionalidade de determinada lei e determinar que o processo legislativo democrático seja observado em nova lei.

A jurisdição constitucional é resultado lógico da escolha por uma constituição rígida, com superioridade hierárquica em relação às demais normas, usada como argumento para solução de conflitos entre normas constitucionais e infraconstitucionais¹⁸².

A supremacia normativa e valorativa da Constituição, bem como a centralidade e a irradiação dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios e a proposta de reaproximação entre direito e moral, além da afirmação da função político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário integraram o pensamento e a prática da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal¹⁸³. Trata-se de uma realidade posta.

Casos relevantes deixam evidente o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal. A Corte tem pautado sua atuação principalmente no discurso de revelação, concretização e realização dos direitos fundamentais e da ideia de democracia inclusiva para definir questões cruciais acerca da aplicação do direito. Usando da interpretação criativa, expandem o sentido das normas constitucionais, interferem nas opções políticas do Executivo e do Legislativo e preenchem espaços

¹⁸² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

¹⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 271.

de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit das funções desses poderes. Isso é o ativismo judicial¹⁸⁴.

A experiência institucional demonstra a falta de efetividade da Constituição brasileira; o jurista deve se preocupar com a efetividade social na prática.

Nesse contexto, propõe-se a reestruturação do papel do Supremo Tribunal Federal. Basicamente, são duas as possíveis posturas da Corte ao defender a Constituição, a autorrestritiva e a ativista. Adotar uma ou outra posição depende da premissa assumida como exercício político adequado.

2.3.1 *Os argumentos a favor do ativismo judicial*

A função de uma decisão judicial no ordenamento jurídico não era consenso entre as perspectivas do direito. Na tradição civilista a decisão judicial consiste em enunciado normativo que serve como orientação, mas não era dotada de força vinculante. Opostamente, na corrente austiniana, que reconhecia o direito como a regra jurídica expedida por uma corte com base na qual decidia uma demanda, a doutrina do *stare decisis* levou a entender que o direito deveria ser compreendido como qualquer decisão judicial, e que esta sempre teria um viés criativo¹⁸⁵.

Por outro lado, na tradição positivista, a crença de que o juiz complementa o direito é corroborada pelo fato de os adeptos serem vistos como antiquados ou que se fecham à moral, sendo reles aplicadores e não pensadores do direito. Há dois possíveis caminhos apresentados pelos críticos do positivismo para incrementar o direito: o primeiro seria o retorno ao jusnaturalismo, com a aplicação direta das bases da justiça, e o segundo seria a criação da regra pelo juiz a partir do princípio, de forma direta e imediata, sem a necessidade de intercâmbio dialógico com o parlamento e o executivo¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 354.

¹⁸⁵ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

¹⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 50.

Para suplantar a lacuna de concretização da intenção da norma, Luís Roberto Barroso¹⁸⁷ apresenta proposta acerca da Constituição para atribuir-lhe efetividade. Argumenta a necessidade de restituir à Constituição seu papel institucional e reavivar a sua dimensão científica. Trabalha a premissa de que o positivismo constitucional deve elevar o direito à condição de norma, dotado, o direito, de comando cogente, deixando de ser mera promessa.

Para não ser acusado de charlatanismo, a proposta de Barroso é o uso racional (apropriado, termo utilizado no texto) dos princípios, conceitos e elementos, tema sobre o qual se debruça: “cabe penosamente recordar que no Brasil, nos anos sombrios do início da década de 70, que impunha às autoridades o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários”, diversos indivíduos foram presos e torturados¹⁸⁸. E para assegurar a efetividade das normas constitucionais propõe: i) caminho participativo, que diz respeito à ingerência do indivíduo na esfera política e ao uso de mecanismos como a ação popular, o Ministério Público, todas as formas de associação, e o jurídico na judicialização das pretensões dos direitos constitucionais; ii) caminho jurídico, seria a via pela qual a interpretação e a aplicação do direito se realiza no Judiciário.

Há uma importante justificativa para a ampliação normativa de princípios. Em verdade, eles podem ser conformados como enunciados dotados de força suficiente para reger comportamentos concretos e restringir a liberdade de conformação normativa do legislador¹⁸⁹.

Originariamente, o termo “ativismo judicial” se opõe a “autorrestrrição judicial”. Os juízes ativistas trocam a vontade do legislador pela sua própria vontade, porque acreditam que têm o dever de promover ativamente as liberdades civis e os direitos das minorias, ainda que cheguem a tangenciar a correção judicial dos equívocos do legislador. Por outro lado, os juízes da vertente autorrestritiva têm ótica diversa a respeito das funções da corte e da natureza da jurisdição: a Suprema Corte não

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

¹⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

¹⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 278.

deve interferir no campo da política, mas agir com deferência ao intuito do legislador¹⁹⁰. Assim, os denominados magistrados ativistas tomam decisões de natureza política e de criação positiva do direito, vetorizados por seu sentido de justiça social, sem vínculo fiel à literalidade do texto constitucional, diferentemente daqueles inseridos na categoria da autorrestrrição, os quais não se permitem a criação do direito justamente com base na função do juiz dentro da separação de poderes.

John Hart Ely¹⁹¹ denomina de interpretativista e não interpretativista as perspectivas dos juízes. Aquele juiz adepto do não interpretativismo permite que ele, mesmo afastado de uma responsabilidade direta por seus atos perante a sociedade (ausência de *accountability*), que criem regras e definam valores. Para os não-interpretativistas, admite-se que o magistrado decida para além do texto legal (tido como fonte do direito) de modo a construir regras e aplicar normas, embasados em pauta axiológica ou nos denominados princípios, ao contrário da perspectiva interpretacionista, que limitaria a atuação jurisdicional aos estritos termos das fontes legais.

A Corte Warren foi um dos principais marcos históricos para a conformação dos direitos e liberdades civis do século XX pelo Judiciário americano. Mais proeminente do que a Corte de Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*, por intermédio da difusão da ideia de que a Constituição consistia em um documento público estático, mas que deveria ser percebida como “documento vivo”, cujas palavras deveriam se amoldar às alterações da sociedade. Vetorizada pela ideia de igual dignidade do homem e sob o prisma democrático-inclusivo, a Corte Warren leu criativamente os princípios da Constituição, ampliando as interpretações e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente apontados para imprimir a igualdade formal, em especial quanto ao problema racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da

¹⁹⁰ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court*. In **Fortune**. Boston, v. 35, t. i, 1947, p. 75-77.

¹⁹¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 13.

Suprema Corte como reduto do conservadorismo¹⁹².

2.3.2 Os argumentos contrários ao ativismo judicial

É certo que o processo formal e material da elaboração das leis tem, muitas vezes, falhas no que tange à amplitude de circunstâncias alcançadas pela norma, seja pela ausência de colheita da percepção de todos os grupos afetados na escolha político-jurídica, seja pela falta de acesso a meios constritivos de eficácia em face das autoridades ou de demais indivíduos e pessoas jurídicas¹⁹³. Esse é um dos principais motivos para o ativismo tomar tanta força.

No entanto, o *judicial review* é vulnerável a duas ideias, segundo constata Jeremy Waldron¹⁹⁴. Primeiramente, a revisão de leis pelos juízes não apresenta a maneira pela qual uma sociedade possa nitidamente escolher entre perspectivas quando cidadãos não concordam sobre direitos; ao contrário, eles os distraem com assuntos paralelos sobre precedentes, textos e interpretações. O segundo aspecto para justificar a afirmação de Jeremy Waldron¹⁹⁵ diz respeito à ilegitimidade política para tratar de valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis (ausência de *accountability*), os cidadãos comuns são privados de seus direitos, e os princípios democráticos da representação e da igualdade política na resolução final de questões de direitos são negados.

O ativismo judicial traz consequências preocupantes, mormente em razão das margens objetivas do processo hermenêutico. Isto quer significar que a interpretação não pode extrapolar essas margens nem a congruência normativa da Constituição, sob pena de estabelecer-se um “governo das leis” e das inconveniências do “governo dos homens”, inclusive o dos juízes¹⁹⁶.

¹⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 69.

¹⁹³ O'Donnell, Guillermo. **Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 119-120.

¹⁹⁴ WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 102.

¹⁹⁶ LAFER, Celso. Prefácio de RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 12.

A reflexão sobre o papel do juiz no cenário brasileiro passa pelo exame da aplicação da norma. Ordinariamente, a norma jurídica possui duas acepções, a legislativa e a normativa, conforme sugestão de Eros Roberto Grau¹⁹⁷. Para ele, a norma no sentido literal é o resultado da interpretação do direito que, por sua vez, compreende a interface dos textos e dos enunciados normativos frente à realidade. Adiante, avança na explanação para apresentar a sequência metodológica a ser empregada na interpretação: esta deve consistir, primeiramente, na identificação do texto e, ao confrontá-lo com a realidade, originar uma norma jurídica e, somente após a categorização da norma jurídica, passa-se à norma de decisão, considerada a solução do caso¹⁹⁸. Ao defender esta dinâmica sequencial de atos, Eros Grau afasta a possibilidade de aplicação direta de princípios morais a controvérsias jurídicas, principalmente as situações de ponderação, procedimento hermenêutico contra o qual são lançadas diversas críticas, que serão abordadas no capítulo sobre a “distinção entre regras e princípios constitucionais”.

A busca pela interpretação objetivamente correta parte de adoção de pressupostos objetivamente admitidos como verdadeiros. A esse respeito, Dimitri Dimoulis¹⁹⁹ enaltece a função da lei ao afirmar que, por mais significados que um determinado termo empregado no texto tenha, ainda é o melhor instrumento para abstrair a subjetividade e o tratamento diferente a cada indivíduo. Isso não significa cegueira em relação a raciocinar por princípios, mas, sim, que o texto genérico não pode ser desconsiderado em nenhuma hipótese simplesmente por um determinado interlocutor reputá-lo como aparentemente contrário a uma determinada perspectiva moral sobre um direito.

São essas demandas de incerteza semântica sobre os termos contidos nos enunciados normativos que configuram os casos difíceis. Assim, casos difíceis não são aqueles em que a regra aplicável tem duplo ou múltiplos sentidos, ou até aqueles que não tenham norma aplicável explicitamente, mas aqueles para os quais

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 18.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 18.

¹⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 244.

a legislação tem uma resposta evidente, que, contudo, torna-se inapropriada em função de alguma valoração, situação em que o intérprete terá que argumentar contra a legislação²⁰⁰.

A primeira etapa do processo hermenêutico ainda consiste na dedução de uma solução a partir de uma regra formalmente válida. Esse passo demonstra uma prioridade argumentativa porque, sendo a regra, há que se iniciar por uma dedução e, não sendo esta possível, deve-se recorrer à argumentação propriamente dita. Assim, ao examinar a questão da validade, deve-se iniciar pela validade formal, e caso não seja possível solucionar dessa forma, caminhar para a validade material²⁰¹. Essa seria a primeira das etapas a ser realizada para passar, após, às próximas.

Somente o segundo momento é relativo ao conjunto da consistência. Este passo exige a análise dos enunciados normativos atinentes ao assunto, como os precedentes judiciais que balizaram regras jurídicas para os casos com circunstâncias similares, os atos do Poder Executivo e os do legislador que possam dialogar com o problema jurídico enfrentado pelo intérprete. Por isso, quem quiser divergir de um precedente assume a carga da argumentação justificativa da mudança. O questionamento, então, é tanto a garantia de igualdade frente à lei, que exige soluções iguais para casos iguais, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e a estabilidade do direito. Para quem enxerga a legitimidade da escolha pelo magistrado, esse cenário pode fazer com que o magistrado selecione a perspectiva de acordo com sua própria escolha. As balizas dessa atividade discricionária são limites de razoabilidade que norteiam e controlam a atuação dos magistrados como legisladores intersticiais e não como órgão de aplicação do direito. Por outro lado, há a perspectiva de que, nos casos difíceis, há uma forma correta de decidir, o que significa que o magistrado não pode julgar como queira, mas, contrariamente, deve nortear-se pelos princípios e ponderá-los, justificando a decisão em termos de correção²⁰².

²⁰⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

²⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

²⁰² *Ibidem*, p. 159.

De uma forma ou de outra, o interpretativismo tem a aptidão de fornecer a segurança ao jurisdicionado de que a sua controvérsia será decidida de acordo com a convicção pública disseminada e não de acordo com a convicção individual de um juiz. Outro ponto atrativo da teoria interpretativista seria sua suposta justificação na teoria democrática (pressuposto de que haveria respeito à lei produzida no ambiente legislativo, que, por seu turno, seria mais dotado de caráter democrático).

O problema central da discussão sobre a legitimidade de a jurisdição constitucional agir de forma não interpretativista diz respeito a fatores como o fato de que os membros não são eleitos e não possuem, pois, responsabilidade política perante a sociedade. Essa crítica é ainda mais acentuada em países que são embasados em democracia representativa, na medida em que o agir em nome do público é outorgado a quem dispõe de mandato²⁰³, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos, este último, o país em que a teoria interpretativista foi elaborada.

Mangabeira Unger²⁰⁴, no seu extremo argumentativo, questiona, inclusive, a própria Constituição, pois se trata de um resultado de grandes negociações entre os grupos que na época detinham força política para estarem presentes na Assembleia Constituinte. A Carta, portanto, não é um acordo nacionalista entre todos os cidadãos para defesa de valores morais contemporâneos, mas podem revelar acordos passados. Um exemplo para comprovar que isto pode ser observado na regra tributária presente na constituição americana quanto à tributação da renda, que tinha assento na distribuição da imposição fiscal quanto aos proprietários de escravos²⁰⁵.

A forma de controle da interpretação e da preservação de um valor que embasa a Constituição é a utilização de princípios no processo hermenêutico. Quando se afasta o texto, também é importante a justificação da nova norma. Inclusive nas hipóteses de exceção, o juiz não pode se afastar do texto e, se for

²⁰³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 8.

²⁰⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27.

²⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. **Taxation and the Constitution**, 1999. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/127/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

superá-lo, que o faça com base na Constituição (com deferência aos demais poderes e por meio de abertura democrática participativa à sociedade). A esse respeito, Elival da Silva Ramos²⁰⁶ assinala que há uma diferença entre a discricionariedade administrativa e a judicial: enquanto que a discricionariedade na norma concretizada, ou na sua aplicação, não é visível no exercício da função jurisdicional, nem mesmo nos casos de acolmatação de lacunas, a administrativa é embasada em posições mais restrita. O exercício de poderes discricionários implica sempre em avaliações regidas pelo binômio conveniência e oportunidade.

Assim, o juiz não possui, justamente por essa diferença de perspectivas quanto à discricionariedade, a permissão para decidir nesse âmbito sem que promova o diálogo com as demais interpretações.

Após a análise dos argumentos favoráveis e dos contrários apresentados na arena acadêmica acerca do ativismo judicial, reputa-se relevante e imprescindível examinar a distinção entre as regras e os princípios para que seja identificado o núcleo e a forma como o STF deve julgar com cada uma dessas categorias.

2.3.3 A distinção entre regras e princípios constitucionais

A distinção entre regras e princípios tem sido bastante discutida, considerando, especialmente, a função exercida pelo Supremo Tribunal Federal atualmente. É que para saber se a Corte avança ou não em função própria dos demais poderes, uma das questões a serem discutidas é justamente a juridicidade dos princípios, sendo ou não sendo aplicáveis pela Suprema Corte.

Antes de adentrar no âmago dessa discussão, é importante tratar sobre o positivismo e como a distinção entre regras e princípios se encaixa nessa concepção jurídica. O positivismo apresenta-se como contexto filosófico em que o juiz clássico, que montava cuidadosamente cada decisão, ficou apartado para solução das demandas especificamente complexas. Magistrados, hodiernamente, gerenciam assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e de elaboração de suas

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

tarefas²⁰⁷. Não apenas a complexidade dos fatos sociais levou a isso, mas, também, o número de processos e de matérias judicializadas.

Se, de um lado, os moralistas permitem ao intérprete a correção das regras para conformação à moral, independentemente de qualquer tipo de processo, ainda que suas vertentes sejam variadas, o positivista depende da norma. Isso não significa que a moral não seja importante, mas que ela não deve ser invocada diretamente, sem critério explicitado e sem teste de correspondência.

O positivismo jurídico estrito senso, argumentado por Dimitri Dimoulis²⁰⁸, é a teoria referente à validade e à hermenêutica do direito que se distingue do moralismo jurídico, caracterizado pela validade do direito embasada em valores de origem moral. O moralismo jurídico pode assumir duas vertentes: a da interpretação, que admite a recorrência a valores diretamente pelo intérprete, e a da validade, que permite que se tensione a regra perante o valor até o ponto que, tamanho o antagonismo, a regra ceda ao valor. Nesse caso, é conveniente a referência a Radbruch, quando prima pela regra em detrimento da aparência de justiça, “a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão insuportável, que a lei, enquanto direito injusto, deve recuar diante da justiça”²⁰⁹.

Por outro lado, os positivistas jurídicos podem ser classificados como exclusivos ou inclusivos, sendo que os primeiros são considerados os que entendem a moral como alheia ao direito no que tange à definição da validade da regra (perspectiva rigorosa), o que ocorre mesmo nas situações de criação de direito segundo princípios, quando se teria um fato social que em nada dialogasse com as regras²¹⁰. Os inclusivos seriam os que permitem a certos sistemas a abertura à moral como fundamento de validade da regra: apenas nessas hipóteses é que a

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set., 2016, p. 11.

²⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 85.

²⁰⁹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 16.

²¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

moral pode intercambiar com o direito, com a prévia autorização do próprio ordenamento e nos casos em que ele expressamente preveja.

O debate sobre aplicar o direito ou a moral, a regra ou o princípio, e qual princípio, só existe se se partir da premissa de que há discrepância entre seus conceitos. E é por isso que o direito e a moral não se confundem, tendo em vista a necessidade de haver uma referência exógena para o direito.

Propriamente quanto à discussão sobre aplicar regras ou princípios, inicialmente é importante diferenciar os conceitos de texto normativo e norma. Existem também os termos “formulação da norma”, “disposição normativa” ou “enunciado normativo”, para separar tais ideias. Essa conceituação faz com que a norma jurídica seja produzida durante o processo de solução de controvérsia, o que significa dizer, para Friedrich Müller²¹¹, que o juiz é o único legislador.

O texto legal não acompanha a dinâmica da vida real. Mesmo sendo uma realidade necessária o enfrentamento, pelo jurista, de temas econômicos, é possível afirmar que há poucos elementos que agregam direito e economia, como a a democratização em organizações complexas como os tribunais se dará²¹². Tão rara quanto a fixação de critérios que permitam a interlocução entre direito e economia é a análise e avaliação do desempenho das instituições político-jurídicas diante da reestruturação industrial ocasionada pela revolução da informática, bem como da progressiva fragilidade da soberania do Estado-nação, próprios do fenômeno da globalização econômica.

Afirmar que o juiz é legislador precisa de complemento. Por certo, o juiz não pode criar a lei a partir de sua própria percepção de bem da vida, mas, sim, a partir do diálogo nos ambientes legislativo e executivo, e dos testes de suas hipóteses perante a sociedade. Essa afirmação parece ser um tanto quanto “drástica”, mas não se pode permitir ao juiz distanciar-se dos demais enunciados normativos.

²¹¹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

²¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 9.

O juiz, paralelamente ao legislador²¹³, é, diante da própria ideia, descobridor e conformador do Direito, que ele traz sempre de novo para o processo sem fim a partir da lei, com a lei e, caso necessário, também para além da lei. O Direito é o resultado dessas vertentes, na qual se comunicam a ciência do direito e todos aqueles que também opinam publicamente sobre pontos jurídicos e corroboram, assim, para definir a consciência jurídica geral.

É por isso que se nega ao juiz o poder decisionista absoluto, na medida em que deve haver o trabalho de “dupla contingência”, de acordo com a proposição de Niklas Luhmann²¹⁴. Alter e ego, ou seja, as perspectivas diversas sobre o mesmo fato, podem existir e, justamente por isso, devem ser apresentadas e duplamente observadas pelo juiz e pelo legislador.

O tema dos princípios e regras²¹⁵ está no plano da norma (significado), do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente). Entretanto, as questões que envolvem as disposições normativas e os referentes factuais têm uma função fundamental em relação à hipótese normativa. E é nesse contexto que o problema da ambiguidade (conotação) e vagueza (denotação) do texto normativo está inserido. Principalmente as disposições constitucionais admitem mais de um sentido possível, além do que, não se tem no texto a dimensão e o alcance da regra ou do princípio, sendo que a identificação do que se aplica aos fatos.

Nesse contexto, surge a matéria atinente à equivocidade dos enunciados, que dialoga com a indeterminabilidade do ordenamento jurídico, diz respeito à

²¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

²¹⁴ Sobre a redução de complexidade e a dupla contingência, “Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas. A existência e o relacionamento das contingências dos diversos sistemas ao seu redor constitui para o sistema focal a complexidade do seu meio. Para poder enfrentar essa complexidade no seu meio, o sistema é obrigado a corresponder com a elaboração de estruturas complexas, que por sua vez, podem aumentar a contingência do sistema e assim iniciar um processo evolutivo” MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em 26 mar. 2017.

²¹⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 8.

singularização, ou à criação, da norma aplicável a um caso específico. Contudo, há outro assunto pertinente, identificado com a indeterminabilidade, não do ordenamento, mas de cada norma, que é a vagueza ou a imprecisão. Ainda quando o intérprete já está ciente de qual a norma decorre o dispositivo, aparece a questão de pontuar as classes e categorias de demandas às quais ela será aplicada, isto é, não se sabe quais ocasiões de fato adentram no campo de aplicação da norma²¹⁶.

A imputação de um conteúdo ao texto normativo não significa que o redator seja o autor da respectiva norma. Assim, cabe diferenciar dois níveis de interpretação: o da produção institucional da norma e o da construção de sua hermenêutica no processo de concretização. Elival da Silva Ramos²¹⁷ afirma que as regras são normas que fornecem balizas específicas sobre como atuar, positiva e negativamente, enquanto que os princípios, por outro lado, são normas que trazem critérios para adoção de um posicionamento frente a um caso concreto. Estes, entretanto, são indeterminados, só ganhando arestas quando são aplicados, quando não lhes é possível imprimir determinação em abstrato.

Para estabelecer uma diferença entre regras constitucionais e princípios, não é suficiente apontar aspectos referentes à imprecisão semântica das normas. Em verdade, tanto as regras como os princípios podem ter determinado grau de abstração e isso não é o bastante para distingui-los. Outro aspecto, também comumente empregado como distintivo das regras e dos princípios, seria a generalidade destes em relação àqueles, na medida em que há princípios menos gerais, porque se aplicam a determinados ramos do direito, do que regras, que podem ter aplicação para um maior número de relações. A afirmação de que os princípios e regras seriam distintos em relação ao conteúdo, uma vez que os princípios seriam reprodutores de valores, enquanto que as regras não, está equivocada.

Os princípios constitucionais são contingentes, acompanham a história e as conquistas e construções sociais. Caso considere-se o princípio da igualdade, é

²¹⁶ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

²¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11.

absolutamente ilusório dizer que seja possível apresentar, por exemplo, imediatamente as finalidades e os objetivos dele decorrentes em uma única oportunidade. É que tanto os princípios como as regras podem estar atrelados a valores²¹⁸.

Com efeito, os princípios constitucionais exprimem normas-do-que-deve-ser, já as regras constitucionais são normas-do-que-fazer. Ambas as normas podem ser observadas sob o aspecto comportamental ou finalístico: as regras apontam para o comportamento descritivamente prescrito, ao passo que os princípios indicam o comportamento necessário para concretizar o estado de coisas, prospectivamente, com a pretensão de ser complementar; as regras objetivam um comportamento para alcançar uma finalidade, e os princípios fixam o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários²¹⁹. A força expansiva dos princípios é mais evidente que a força das regras. Contudo, estas trazem mais segurança, vez que regulam mais completamente o caso fático a elas apresentado e não carecem – como os princípios – de outras normas para ter seu sentido completo. A expansividade dos princípios constitucionais, se sobrepõe a outras normas-princípios e inúmeras normas-regras da Carta, o que auxilia o aplicador a dar-lhes sentido e influenciam o legislador a tecer novos segmentos normativos que lhes adicionam conteúdo. Essas normas ordinárias não são requeridas por princípios constitucionais, nem integram a sua vontade, vez que tais princípios desfrutam de certa autonomia regulatória, não obstante representem a imagem das normas-princípios em outros quadrantes do ordenamento e, portanto, também expressem a força que os fundamenta.

Sobre o aspecto valorativo, Ronald Dworkin²²⁰ defende a tese de que os princípios necessariamente trazem os juízes àquele espaço em que regras não são suficientes para decidir sobre o conflito judicializado. Ele diferencia os três modelos de orientação dos juízes no sistema jurídico: as regras, os princípios e as *policies*

²¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 15-38.

²¹⁹ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 203.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

(políticas públicas).

As regras seriam as normas cuja aplicabilidade dá-se na forma da disjunção excludente do “tudo-ou-nada”: ou são aplicadas ao caso, ou afastadas. Assim, em caso de conflito entre duas regras, uma prevalecerá e resolverá o conflito. Nesse prisma, todas as exceções pertencem ao enunciado completo de uma regra e podem ser teoricamente elencadas. É justamente com base nessa assertiva que as regras implicariam em uma comunicação automática entre as condições e as consequências jurídicas.

Por seu turno, os princípios são dotados de dimensões e pesos distintos dos das regras. Quando há um conflito entre princípios, escolher-se o mais relevante para a solução do conflito. Desse modo, é possível que dois princípios sejam absolutamente válidos e conflitantes ao mesmo tempo, o que significa dizer que princípios opostos não se excluem mutuamente. Em suma, os princípios não comportam exceções passíveis de enumeração, tampouco são regidos por uma relação condicional automática “se-então”, o que é próprio das regras.

As regras constitucionais dialogam com os conceitos jurídicos e com a argumentação formalizada. Os princípios, por sua vez, imprimem interesses e outras variáveis sociais, enquanto vinculados à argumentação substantiva. Assim, há uma busca pelo equilíbrio entre princípios e regras constitucionais para garantir a consistência jurídico-conceitual e a adequação social do direito²²¹.

As regras e os princípios jurídicos permitem que o jogo jurídico seja efetivamente jogado, vivido. O juiz é um dos *players*, mas as partes e os demais membros da sociedade que são afetados pela decisão também reagem ao jogo.

Na realização das promessas da Constituição, os princípios teriam uma maior capacidade de estruturar o sistema jurídico, no qual uma variedade de expectativas normativas poderia ser amparada e conformada na esfera pública. Os princípios permitem que o direito se amolde e se flexibilize²²². Os princípios seriam “questões

²²¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 227.

²²² *Ibidem*, p. 51.

de peso” na justificação de uma determinada decisão²²³. Não são, em verdade, regras contrafactuais, mas, sim, pontos de vista apresentados para permitir uma interpretação adaptada de tais regras.

No entanto, se, de um lado os princípios permitem a abertura do direito para o amoldamento a circunstâncias reais não contempladas anteriormente, as regras, por sua vez, pela sua objetividade e clareza, reduzem a complexidade dos princípios e viabilizam um sistema jurídico com maiores certezas, esboçando uma solução mais previsível para cada caso. O problema, na argumentação de Ronald Dworkin²²⁴, de que o sistema das regras poderia prever todas as exceções, se refere ao fato de que é difícil mensurá-las.

Há, ainda, as denominadas *policies* por Ronaldo Dworkin²²⁵. Para estabelecer a diferenciação, é necessário tratar dos princípios morais como objetivos políticos de governo. As políticas de governo não se conformam como regras jurídicas, mas como *standards* a serem levados em conta quando da justificação das conclusões a que chegam os magistrados. Ronald Dworkin²²⁶ consigna a relevância dos princípios morais transmutados em políticas públicas, na medida em que formarão a concepção do direito como integridade e permitirão o agrupamento de decisões adequadas e justificadas. Os princípios morais, no entanto, não são as políticas públicas, mas, sim, convicções e padrões nos quais se baseia uma sociedade, enquanto que as políticas públicas são as escolhas e caminhos adotados por um governo como necessários para transformar ou aprimorar determinado campo social.

Por sua vez, Robert Alexy²²⁷ aborda a distinção entre regras e princípios de modo diferente do de Ronald Dworkin. Para ele, os princípios seriam “mandamentos de otimização”, sendo satisfeitos e realizados em níveis variados, diferentemente do que se opera em relação às regras, as quais são ou não são aplicadas. A medida de satisfação dos princípios dependerá das possibilidades fáticas e, igualmente, das

²²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26.

²²⁴ *Ibidem*, p. 26.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²²⁶ *Ibidem*, p. 165.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

jurídicas. Assim, os princípios não são autodefiníveis quanto ao seu conteúdo, não têm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, ou seja, à primeira vista. Contrariamente, as regras, em razão da delimitação da extensão do seu conteúdo, das possibilidades jurídicas e fáticas por ela alcançadas, possuem caráter mais definido para a solução do conflito social, salvo as hipóteses de excepcionalidade. Por isso, regras e princípios são apresentados como bases ou fundamentos para normas universais ou individuais e são, indiretamente, pressupostos para decisões²²⁸.

Esta definição de Dworkin sofre críticas de Jürgen Habermas. A primeira se refere ao fato de que, seja para os princípios, seja para as regras, não haveria possibilidade de ponderações nem de contradições, uma vez que o sistema precisa ser dotado de coerência lógica. Tais princípios e regras não avaliam o que é bom ou ruim, como os valores, mas tão somente o que é devido aos indivíduos e sujeitos de direito²²⁹.

A distinção limita-se a determinar se, teoricamente, todas as exceções de uma regra podem ser descritas no enunciado ou, ao contrário, se as exceções são inumeráveis e, por isso, não fariam parte da regra, apenas poderiam restringir-lhe o significado definitivo na aplicação concreta. Eis a diferença entre as teorias propostas por Alexy e Dworkin.

A engrenagem entre os princípios e as regras constitucionais necessita da prática da ponderação, que só ocorre no processo social e judicial complexo, ou seja, naquele em que se garantam a coerência jurídica e a adequação social do direito. No entanto, essa interação por si só não assegura o fim ótimo que seria oriundo de um modelo ancorado numa escolha racional do sujeito (ideal) da ponderação²³⁰.

É interessante, conforme elucida José Rodrigo Rodriguez²³¹, ver a habilidade

²²⁸ *Ibidem*, p. 107.

²²⁹ Comentários sobre Alexy e desdobramento crítico feito por NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 77.

²³⁰ *Ibidem*, p. 83.

²³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 66-67.

de descrever empiricamente a realidade da atividade da jurisdição, postulada em diversos textos da teoria do direito que não têm o hábito de propor evidências empíricas. Em “O império do Direito”, Dworkin organiza a obra a partir tão somente de um pequeno grupo de casos de poucos tribunais de segunda instância. Já em “O conceito de direito”, Hart é ainda mais resumido na relevância dos casos para apresentar a habilidade descritiva de seu arquétipo de racionalidade judicial.

Os princípios atuam como razões ou critérios à primeira vista, servindo como vetores mediatos, não imediatos, para decisões jurídicas sobre questões controvertidas. As regras, por sua vez, somente operam plenamente sua função quando se apresentam como razões definitivas. Elas possuem caráter à primeira vista concretizador, pelo que se conclui que a sua diferença tem uma razão funcional-estrutural na passagem da complexidade determinável para a complexidade determinada no âmago das controvérsias.

Os princípios são normas no plano abstrato que permitem e viabilizam vértices e arestas para a construção ou reconstrução de regras. Em relação ao que esteja expressamente previsto na Constituição Federal, tais princípios são mais hábeis a encarar a diversidade de expectativas normativas que orbitam na sociedade, justamente por permitirem um distanciamento do caso concreto que possibilita ao intérprete enxergá-los em perspectiva; são também hábeis a estabelecer uma relação mais maleável entre o antecedente e o conseqüente da norma. Isso viabiliza que a regra seja produzida com maior grau de certeza, reduzindo, por isso, o alto grau de abstração a ela inerente. Por outro lado, esses princípios também são subcomplexos diante do caso concreto, diferentemente das regras que, por sua estrutura, mostram-se mais aptas a apresentar base imediata ao caso sob exame do julgador²³².

A paradoxal e controvertida relação entre os princípios e as regras está atrelada à própria definição de justiça como fórmula de contingência, que estimula a interação no âmbito jurídico. Como aduz Marcelo Neves²³³, nesse contexto, a justiça

²³² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 115-119.

²³³ “Por um lado, sem que se possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde a sua racionalidade. Isso implica que, sem um sistema jurídico orientado primeiramente na

tem duas perspectivas: a interna, que produz autorreferência, desde que ajustada consistentemente aos argumentos apresentados pelas partes, e a externa, atinente à adequação aos aspectos exteriores à decisão, como as consequências para quem não faz parte da decisão, consequências essas práticas ou mesmo de ordem moral.

O problema da ponderação é explorado por Elival da Silva Ramos²³⁴. No momento em que princípios exprimem um valor, a sua aplicação no quadro do que é de fato possível impõe uma ponderação, por certo, em relação a uma dada finalidade. Uma vez que nenhum valor pode ser maior que os demais, a exegese ponderada do direito vigente transmuta-se numa realização e numa concretização de valores. Alguns conteúdos teleológicos entram no direito; contudo, o direito, tido como instrumento para o estabelecimento de um sistema de direitos, é capaz de domesticar as diretrizes axiológicas e os objetivos do legislador por meio da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. Aqueles que objetivam transmudar a constituição em uma ordem axiológica não conhecem seu vetor jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais – regras morais – são formados consoante o modelo de normas de ação obrigatória, e não segundo o modelo de bens atraentes ou de preferência.

Ao se definir princípios como ferramentas de reflexão sobre as regras, a sua função é permitir ao intérprete o estabelecimento de diálogo e abrir o sistema, diante da dificuldade da regra em fornecer respostas e soluções adequadas ao sistema jurídico diante da complexa sociedade. Pode-se, inclusive, afirmar que os princípios assumem função corretiva, na medida em que se conformam como fontes

constitucionalidade e, conseqüentemente, no princípio constitucional da legalidade, ou seja, sem justiça constitucional interna, não cabe falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa. Os julgamentos vão subordinar-se, então, a fatores particularistas dos mais diversos, sem significado jurídico-constitucional para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas [...] Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito. Evidentemente, essa é uma questão difícil, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito. [...] A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim, a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que estes servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas”. *Ibidem*, p. 224.

²³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

argumentativas de uma estrutura lógica objetiva que cobre as falhas sistemáticas do direito.

Um arquétipo de ponderação para otimizar os princípios constitucionais conflitantes não considera o problema da incomensurabilidade e da dificuldade em quantificar as circunstâncias de conformação de cada esfera englobada nesses referenciados princípios. Diz-se que há verdadeira dificuldade em escapar da concorrência entre os princípios e da incomensurabilidade, o que gera incerteza, portanto, algo fora da necessária previsibilidade do direito, acerca do alcance do conteúdo dos aludidos princípios quando haja lides constitucionais²³⁵.

Focado na vertente aplicativa da ponderação, o Tribunal Constitucional, ao ponderar valores quando aplica normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais, acaba por olvidar a normatividade desses direitos e o que já estava prevista no próprio texto, caindo no decisionismo e invadindo a órbita reservada ao embate democrático. A ponderação, para Habermas²³⁶, é uma equação irracional de exegese e resulta em decisões arbitrárias. Faltariam balizas objetivas para a ponderação e, com isso, os direitos fundamentais estariam ameaçados de se transfigurarem em vítimas de juízos irracionais.

O fato de a ponderação não ser a melhor resposta para lidar com a colisão entre princípios não significa, por outro lado, que seja possível o simples afastamento da ponderação, sob o argumento de que proporcionaria ideias jurídicas antiéticas e macularia a limitação jurídica do poder, principalmente do judiciário. É que a ponderação entre os princípios, por mais perversa que possa se configurar, não pode deixar de ocorrer, já que o recurso às regras constitucionais é insubsistente porquanto insuficiente para resolver as celeumas. Em verdade, é somente a partir dos princípios que a esfera pública pode abrir e estabelecer relações jurídicas a satisfazerem as pretensões morais para além do arranjo jurídico já posto. Em outros termos, a alteração do contexto social somente é permitida a partir da abertura do sistema por intermédio dos princípios.

²³⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 159.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, v. I, p. 332.

O princípio é complementar e tensiona a regra constitucional. Não é mais nem menos do que ela. Em metáfora realizada para ilustrar a distinção entre uma regra e um princípio, Marcelo Neves²³⁷ afirma que os princípios flexibilizam o sistema jurídico, ampliando as vias de argumentação passíveis de adequação às soluções dos casos. Além disso, estimulam a reflexão sobre o dissenso em controvérsias jurídicas, necessárias à legitimação procedimental. De fato, no momento em que se abre a “concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa”. Mas são apenas as regras que poderão reduzir a complexidade e selecionar a solução adequada para as celeumas vividas na realidade.

Há, assim, segregação das funções empregadas aos princípios e às regras constitucionais, não havendo, por isso, hierarquia linear entre elas. Os princípios auxiliam a resolver a complexidade, enquanto que as regras são o resultado desse processo de elaboração reflexiva do direito. Os princípios, desse modo, somente ganham vitalidade e propriedade quando têm a aptidão de se transformarem em regras. Os dois devem ser intercalados no propósito de atribuir consistência jurídica, bem como proporcionar a adequação social. Os princípios, igualmente, são pontos de interlocução com outras áreas do conhecimento, consistentes em regras básicas de lógica: assim os princípios jurídicos são a incorporação jurisdicizada dos padrões morais e, na estrutura de prevalência da Constituição Federal, as regras e princípios infraconstitucionais devem estar ajustados aos princípios e às regras constitucionais.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Temas de bastante discussão e análise acadêmica são o protagonismo e ativismo judicial, que designam a atitude expansiva do Judiciário nas decisões em matérias políticas. A proeminência do Judiciário é vista de forma positiva, pois implica em processo de concretização dos direitos estampados na Constituição Federal, mas, igualmente, é alvo de críticas, na medida em que a atuação expansiva

²³⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 172.

da Corte feriria a separação de poderes. Essas são, basicamente, as duas posições sobre o fenômeno, e a argumentação apresentada por ambas as perspectivas será explorada para ser possível assumir uma posição no trabalho.

Originariamente, o termo “ativismo judicial” opõe-se à “autorrestrrição judicial”. Os juizes ativistas trocam a vontade do legislador pela sua vontade porque acreditam que têm o dever de promover ativamente as liberdades civis e os direitos das minorias ainda que cheguem a tangenciar a correção judicial dos equívocos do legislador. Por outro lado, os juizes da vertente autorrestritiva têm ótica diversa a respeito das funções da Corte e da natureza da jurisdição: a Suprema Corte não deve interferir no campo da política, mas agir com deferência ao intuito do legislador²³⁸. Assim, os denominados magistrados ativistas tomam decisões de natureza política e de criação positiva do direito, vetorizados por seu sentido de justiça social, sem vínculo fiel com a literalidade do texto constitucional, diferentemente dos autorrestritivos, os quais não se permitem a criação do direito justamente com base na função do juiz dentro da separação de poderes.

As ideias iguais sobre “judicialização da política” e de “ativismo judicial” manifestam uma confusão teórico-política. Tal confusão permanece totalmente coberta por uma rígida fixação institucional que toma todo o plano primário de sua concepção normativa. Para afastar a confusão, a primeira ação é apartar analiticamente os quesitos ali amalgamados e separar a função pesada de seus pressupostos normativos. Só então possibilitar-se-á entender com um mínimo de nitidez o que acontece com a posição que ocupam o Judiciário e o direito na política nacional em ampla análise²³⁹.

Definir ativismo judicial implica na superação da indefinição do conceito, cada vez mais evidente pelo uso demasiado e, por vezes, pejorativo do termo. De um lado, pode-se pensar o juiz ativista como potencialmente problemático frente aos valores democráticos e à separação de poderes, de maneira que o termo serve para conceituar a ideia de excesso judicial. Por outro lado, no entanto, os juizes e as

²³⁸ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court*. In **Fortune**. Boston, v. 35, t. i, 1947, p. 75-77.

²³⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 191.

cortes devem portar-se de maneira mais assertiva em prol dos direitos de liberdade e igualdade frente à inércia dos demais poderes na realização de direitos, ou diante do abuso de poder por outras figuras políticas e instituições. O discurso torna-se, assim, variável, embora predomine aquele carregado de conotação deveras negativa.

Em resumo, a judicialização consiste na circunstância em que o Judiciário assume a tomada de grandes decisões com alcance político, moral ou social, sendo um resultado da lógica do sistema institucional brasileiro, em que a constitucionalização de direitos é deveras larga, ao contrário do que se opera em realidades de sistemas de controle de constitucionalidade, como o americano, em que são criadas regras a partir de uma constituição que não contempla gama vasta de direitos. O ativismo judicial é uma escolha, uma atitude, um modo proativo de entender a constituição²⁴⁰.

O contexto brasileiro empurrou para o judiciário a missão de concretizar os direitos dos cidadãos, em decorrência da desconfiança na instituição parlamentar. Os instrumentos dos quais dispõe o judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, não conseguem suprir a lacuna de confiança no parlamentar. Ainda se fosse, não deve fazê-lo. O recado institucional lançado é que, de fato, o legislativo não é a melhor instância para a solução da falta de crédito perante a sociedade, deixando de colaborar, com o ambiente democrático (credibilidade das arenas públicas). Na verdade, ao não ter condições, há uma reprodução da desconfiança institucional indireta no momento em que o Supremo Tribunal Federal atrai para si a tomada de decisão moral. A forma, pois, de contribuir com a democracia é provocar o resgate da credibilidade parlamentar e propiciar a ampliação do debate público nas esferas do poder.

O protagonismo judicial, sob o ponto de vista sociológico,²⁴¹ consiste em fenômeno que dê conta da deficiência democrática experimentada pela sociedade no século XX. Com efeito, as “chocantes” desigualdades sociais percebidas são

²⁴⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Prefácio. In CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20.

²⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In **Publicações ANPOCS**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

pouco afetadas pelos direitos sociais, quando o são, e os próprios direitos cívicos e políticos seriam fragilmente protegidos. Em decorrência, ganhou força a busca pela concretização desses direitos no âmbito do Poder Judiciário: “têm vindo a multiplicar-se os sinais de um maior ativismo dos tribunais nesse domínio”²⁴².

A mesma constatação é expressada por Elival da Silva Ramos, para quem o modelo de Estado-providência é força propulsiva do ativismo judicial e induz juízes e tribunais a relevar a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atulha lhes é devida, na ilusão de estarem aptos a encurtar o procedimento, concretizando, no presente, as promessas constitucionais prospectivas²⁴³. Não que ele concorde, mas, de fato, os compromissos que dependeriam de políticas públicas específicas são a mola propulsora do ativismo. Há outros elementos que o incrementam e reforçam, que serão vistos a seguir.

O pragmatismo jurídico é a teoria que, diferentemente da metafísica, revela-se continuamente aberta à incorporação de novos saberes, considerando as consequências e a utilidade sócio-comunitária da regra²⁴⁴. Nessa vertente, o intérprete é limitado pelas regras e pelos princípios eleitos, além das produções anteriores a respeito do direito, o que impede a aplicação de compreensões políticas e morais próprias do juiz em detrimento do pacto social.

O ativismo judicial que encanta os incautos e reúne os aristocratas do direito reside tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a eficiência imediata de direitos sociais que transitam por normas programáticas, quanto na resistência abusiva à legislação laboral, como a da Suprema Corte estadunidense no período do governo dos juízes²⁴⁵.

Além disso, há o elemento do descrédito social no poder legislativo, o que acentua a busca, por parte dos jurisdicionados, e também provoca nos juízes, certo dever de resposta e de concretização dos direitos. O problema é que o juiz, em

²⁴² *Ibidem*, p. 32.

²⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 287.

²⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 158.

²⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333.

matéria de explicitar a moral ou decidir sobre matérias para além do direito, não municiado das ferramentas, das informações e da *ratio* própria a cada uma dessas áreas, pode tomar decisões equivocadas, deslocadas da realidade e da vontade dos jurisdicionados e distantes do pacto político ou de agregação. É que decidir em forma de consenso, como pede a democracia, demanda a observância de uma série de requisitos com os quais o juiz não tem familiaridade, e para a qual não tem, igualmente, legitimidade.

Nesse ambiente de protagonismo, a jurisdição constitucional exercida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, Supremo Tribunal Federal, controla a constitucionalidade das leis e examina, em último grau, os questionamentos acerca da adequação constitucional. Mauro Cappelletti²⁴⁶ elucida que essa função é especialmente sedutora e ao mesmo tempo audaz, porquanto o julgador deve contrastar “a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”. Trata-se da interseção entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Se o direito é a ferramenta pela qual a sociedade estrutura seus valores e indica as propostas de pacto social, com a consagração dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, e se o Poder Judiciário, e, em última instância, o Supremo, podem partir de tais valores e direitos programáticos para a tomada de decisões em casos concretos, desde que estejam expressa ou implicitamente tutelados pela Constituição e demais enunciados normativos, deve ser reconhecida a legitimidade do Supremo Tribunal Federal na invocação e construção argumentativa em suas razões de decidir.

Luis Roberto Barroso²⁴⁷ assinala que no Brasil a constitucionalização do direito implica na irradiação dos princípios e regras, bem como nos valores que deram ensejo à respectiva formulação, notadamente por via da jurisdição constitucional. Com efeito, “constitucionalização, aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e ascensão institucional do Poder Judiciário

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 25.

²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan., 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”.

A ampliação da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal permite afirmar que o seu exercício tem função integrativa do ordenamento jurídico, na medida em que não apenas exerce o controle clássico negativo de constitucionalidade, mas, a partir dos princípios, estabelece diretrizes interpretativas e expede “mandamentos de otimização, a ordenar que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades existentes”²⁴⁸ e realizadora dos direitos sociais, por meio da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em controle concentrado ou em controle difuso com repercussão geral.

A política cumpre função importante na vetorização da interpretação final da Suprema Corte em uma demanda, cujo fim teria enorme repercussão política e social. Direito e política relacionaram-se intrinsecamente e o resultado foi o recuo do ativismo judicial. Indubitavelmente, não foi um recuo permanente, mas de uma etapa do infundável combate político-ideológico que orbita o binômio ativismo judicial x autorrestrrição judicial em demandas com alto valor social e pouca regulação isonômica²⁴⁹.

Há, portanto, uma justificativa especial para o ativismo, que é a ampliação da força dos princípios. Em verdade, podem ser conformados como enunciados dotados de força suficiente para reger comportamentos concretos e restringir a liberdade de conformação normativa do legislador; são o desenvolvimento de novas regras constitucionais retiradas da unidade da Constituição, e a fixação de direitos fundamentais implícitos como forma de diminuir o espaço entre a Constituição e as transformações sociais²⁵⁰.

A dimensão do juiz ativista passa pela ideia da própria tarefa judicante, já que os demais poderes não são demandados nessa mesma base. Falar a respeito do que o juiz constitucional pode e deve aplicar ao julgar uma demanda judicializada

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

²⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 97.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 278.

passa pelo exame de alguns conceitos, pela definição de jurisdição constitucional e pela função institucional da Suprema Corte dentro do ambiente público.

A provocação central feita com relação à legitimidade dos juízes da Suprema Corte consiste no fato de que não há garantia em relação aos magistrados maior do que a depositada nos parlamentares. Além disso, não há razão para supor que os juízes saberiam melhor dos que os parlamentares os juízos de ordem moral e ética, sem fazer referência ao fato de que sequer a moral e a ética assumem unicidade na sociedade.

O reconhecimento dos direitos dos cidadãos no regime jurídico é um dos pilares do regime democrático e esse fator encontra-se presente na realidade brasileira. No entanto, como aspecto negativo no Brasil, há desconfiança do cidadão nas instituições democráticas, no que tange à sua capacidade de permitir a ampla justificação ética nos grupos de interesse, não apenas nos que conseguem apresentar suas posições na arena pública, bem como ao desempenho normativo compatível com os postulados de participação. Uma das causas para a desconfiança diz com a recente existência de regime autoritário e com a “juventude” do regime democrático trazido com a Constituição de 1988. O descrédito da sociedade brasileira faz com que haja rejeição de instituições como os partidos políticos e o parlamento²⁵¹. Nesse passo, ainda não há a tranquilidade coletiva de que, de fato, as instituições atenderão ao anseio coletivo. Por outro lado, o aspecto positivo que faz com que o Brasil tenha confiança mediana na democracia se refere ao fato de que há uma adesão da sociedade ao regime democrático, ou seja, acredita-se que ele é o melhor e mais adequado regime.

A expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial tem proporção global e não é algo próprio do Brasil. O fenômeno é observado tanto em países com democracia estável, quanto naqueles que ainda estão em transformação social e a democracia está em processamento. Ocorre também em países que adotaram o

²⁵¹ MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *In* MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança**: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010, p. 155.

sistema do *commom law* e *civil law*²⁵². Há, na verdade, tendência demonstrada nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália, Israel, Itália, França, Alemanha, Suécia, Japão e União Soviética²⁵³.

O Supremo Tribunal Federal, há cerca de 20 (vinte) anos, afastava-se de debates que envolviam questões políticas e sociais e submetia-se ao Executivo. É o que se chama de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo²⁵⁴. Hodiernamente, com o controle da constitucionalidade, a Corte exerce função da mais alta relevância, funcionando, inclusive, como garantia contra-majoritária e trazendo equilíbrio às forças políticas que transitam nos demais poderes.

As formas pelas quais a Corte realiza esse papel “criativo” são as mais variadas: por afastamento da literalidade do texto legal com a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição ou com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto; por criação de regra em ações de inconstitucionalidade por omissão ou mandados de injunção; por invalidação de norma legal ou administrativa com base em princípio constitucional abstrato ou com remissão direta à definições apenas possíveis no âmbito moral; pela criação de uma solução jurídica a partir de princípios abstratos; pelo diálogo com o Executivo e o Legislativo com imposições ou fixação de prazos para a adoção de medidas concretas²⁵⁵. A hipótese que o trabalho defenderá como a mais apropriada para tomada de decisão é a última delas, em que o Supremo Tribunal Federal expressamente consigna a necessidade de normatização por ele, desde que tenha as ferramentas aptas à tomada de decisão política.

Logo, um dos argumentos favoráveis à ampliação da função da Corte Constitucional embasa-se na sua apresentação como local fundamental para debates acirrados sobre direitos. Isso ocorre em países que pactuaram constituições abrangentes, que regulamentam grande extensão da experiência política e social de

²⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20.

²⁵³ HOLLAND, Kenneth. **Judicial activism in comparative perspective**. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

²⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *In Direito, Estado e Sociedade*. n. 44, jan./jun., 2004, p. 189.

²⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *In Revista Direito GV*. São Paulo, n. 15, jan./jun. 2012, p. 38 e ss.

seu país – a Carta é ubíqua e, portanto, os grandes problemas tanto quanto os pequenos conflitos são questões constitucionais que terminam judicializadas²⁵⁶.

O viés evidentemente moral e profundamente polêmico das questões enfrentadas pelo Supremo reduz, conforme define Aharon Barak²⁵⁷, a distância entre os valores empregados na Constituição e as grandes mutações sociais que orbitam os direitos fundamentais. Frente à falta de consenso no parlamento acerca desses problemas sociais, o Supremo vem autorizando a alteração de conteúdo dos valores constitucionais como resposta às mudanças dos conceitos e crenças da sociedade²⁵⁸. O direito de uma sociedade é orgânico e a função do juiz é entender a finalidade desse direito e ajudá-la a cumprir essa finalidade. Para isso, o Supremo tem ampliado o conteúdo dos princípios constitucionais e fortalecido os direitos fundamentais, encontrando-os, inclusive, nas entrelinhas da Constituição.

Alguns fatores são relevantes na justificação do ativismo judicial. Novos traços institucionais, desenhados pelo texto constitucional, por emendas constitucionais e por leis ordinárias corroboram a jurisdição, aumentam o acesso ao poder decisório do Supremo e habilitam sua ascensão institucional. Não se resume, entretanto, a uma mudança brusca da estrutura do controle de constitucionalidade, mas do arquétipo de oportunidades para uma nova dinâmica de interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. A legitimação do questionamento da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal corrobora a proeminência do judiciário. Igualmente, a constitucionalização abrangente e compromissória proposta pela Constituição, e o diverso e amplo catálogo de direitos fundamentais trazidos primordialmente por intermédio de enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios), oferecem um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância no Supremo, de questões com conteúdo e importância sortidos (tribunalização da vida) e cujas soluções exigem respostas interpretativas criativas²⁵⁹. Há certa “sedução” na tarefa de concretizar a sociedade igualitária descrita na Constituição,

²⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 152.

²⁵⁷ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 3.

²⁵⁸ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70

²⁵⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259.

em uma sociedade complexa como a brasileira. O legislativo enfraquecido por questionamentos de sua legitimidade corrobora o fortalecimento judicial.

Para descrever o **processo decisório** adequado ao parâmetro de “direito e moral”, Dworkin²⁶⁰ cita o caso hipotético do juiz Hércules. Segundo ele, este juiz tem o dever de respeitar a lei e, concomitantemente, construir uma teoria política que centralize a justiça no ordenamento jurídico.

Hércules (juiz idealizado por Dworkin) está apto à prática do ativismo e age em prol de uma concepção de direito como integridade, e busca relacionar o direito com a ética vinculada à história do constitucionalismo norte-americano – evidentemente democrático²⁶¹.

Há um aspecto que merece destaque quando o assunto é idealizar o juiz Hércules como parâmetro de tomada de decisão. Refere ao próprio contexto em que se deu a escrita, não apenas em termos geográficos (Estados Unidos), como a intenção de Dworkin quando lançou o texto. De fato, pretendia, naquele país, reduzir as possibilidades de decisão judicial, situando o juiz, na tradição do *common law*, em *standards* compartilhados na sociedade, deixando de admitir que suas decisões se dessem de acordo com a visão individual de justiça e equidade, mas que se reportasse ao ideal compartilhado socialmente. Dworkin não escreveu o texto com a proposta de expandir o espectro decisional para além do texto legal, tal qual foi proposto aqui no Brasil.

Em paralelo, os magistrados e os juristas não discutem entre si a melhor resposta para o caso concreto e para as questões jurídicas pensadas abstratamente. Ainda que com finalidade crítica, o pensamento de Dworkin inclinasse a situar o analista num ponto de vista deveras abstrato, inapto a acessar o funcionamento real de nossas instituições brasileiras e julgar seu sentido mais específico²⁶².

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 278.

²⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

²⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 16.

Um ponto de relevo apontado quanto a Ronald Dworkin é o fato de que o juiz não deve decidir como lhe convenha, mas, sim, no intuito de restringir o espectro de decisão a partir apenas da moral. Outro de relevo diz com o seguinte: o fato de que a vertente positivista procure distanciar direito e moral não significa que haja uma desconsideração da moral e da justiça. Em outras palavras, o fato de o positivista não se vincular à moral para a tomada de decisão não significa que ele a desconsidere por completo, pois “qualquer sistema jurídico deve incluir certos elementos normativos para que possa adquirir a qualidade de direito e enquadrar esses elementos como expressão mínima de jusnaturalismo”²⁶³. Ou seja, o positivismo jurídico estrito impõe uma série de elementos e etapas para qualificar determinada norma como válida, não atribuindo esse pressuposto a qualquer enunciado.

Inclusive os defensores do ativismo judicial concordam com a complexidade e, porque não, com a dificuldade, em alocar decisões ao juiz sobre moral. É que não se pode olvidar que a relação entre Direito e Política é um conglomerado de implicações recíprocas. Igualmente às decisões ativistas que interferem direta e indiretamente nos resultados políticos, as cortes também devem alinhar-se ao nicho político em que estão inclusas. Mesmo que dentro do amplo marco legal de possibilidade decisórias, as cortes, diversas vezes, julgam vetorizadas pelo comportamento de outras instituições e da força política. Um quadro político muito controvertido pode instigar o passivismo judicial (ou autorrestrrição); ao contrário, um quadro político de liberdade decisória implica ampla capacidade de desenvolvimento do ativismo judicial²⁶⁴.

Além disso, Aharon Barak²⁶⁵, notadamente defensor do ativismo judicial, chega a afirmar que o ativismo e a autorrestrrição trabalham balizados na legitimidade judicial, de maneira que a sua diferença está relacionada ao grau, não ao gênero do que se decide.

²⁶³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 181.

²⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154.

²⁶⁵ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 272.

O que se tem no Brasil, hoje, é a denominada “tribunalização”²⁶⁶, ou seja, o Tribunal vem afirmando a função de pontuar a vontade da Constituição em inúmeras áreas e sobre temas relevantes do cotidiano político e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até os requisitos de gerenciamento do parlamento e dos partidos políticos.

O ativismo judicial traz consequências preocupantes, mormente em razão das margens objetivas do processo hermenêutico. Isto quer significar que a interpretação não pode extrapolar essas margens nem a congruência normativa da Constituição, sob pena de estabelecer-se um “governo das leis” e das inconveniências do “governo dos homens”, inclusive o dos juízes²⁶⁷.

Decisões ativistas têm sido irrestritamente justificadas sob o ponto de vista do seu conteúdo constitucional, mas, por outro lado, têm acarretado muitas objeções de viés institucional²⁶⁸. As sentenças manipulativas aditivas demonstram um evidente aumento do poder político-decisório da Corte, tornando natural, portanto, que surjam críticas sobre a sua prática na judicatura. A mais contundente afirma a discricionariedade política dos juízes da Corte e diz que o dever integrativo do ordenamento cumprido pelas decisões manipulativas está “em plena oposição com a tarefa negativo-eliminatória que compete à Corte”. Fala-se na pretensão de inserir escolhas políticas novas, um caráter “paralegislativo” (juiz legislador), substitutivo daquele do parlamento e estranho à natureza dos deveres da nossa Corte Constitucional. As decisões manipulativas e aditivas lançam a Corte ao papel de legislador positivo.

A crença de que a dogmática aprisiona o julgador a *standards* fechados e impede a abertura do direito – crítica geralmente desferida contra o positivismo – é questionada por Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁶⁹. Para ele, a existência de regras

²⁶⁶ KAPISZEWSKI, Diana. *Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection?* The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (ed). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154.

²⁶⁷ LAFER, Celso. Prefácio de RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 12.

²⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 119.

²⁶⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 15.

aumenta a liberdade em trabalhar com textos e experiências vinculantes. A dogmática aparta possíveis justificações para ações tidas como subjetivas, demonstrando outras como objetivas e subsequentemente derivadas da vontade do Legislativo. Dessa forma, a dogmática diminui a indeterminação e disciplina a desorganização inerente ao ordenamento, remodelando-o como um sistema normativo, por meio de axiomas próprios, mas como se derivassem de um esforço científico de identificação do seu vetor concreto. Atinge, dessa forma, seu propósito de domesticar o vetor das normas, trazendo condições para a decidibilidade das demandas. Dessa forma, uma contribuição matriz da Função Social da Dogmática Jurídica é demonstrar, contra o que se pensaria, que a dogmática não é formalista, não está balizada na lei, vez que habilita novas formas de decisão, mas é formalizante, já que continua com essa habilitação sob controle.

É que “o cerne do problema da atuação do Judiciário como legislador positivo se vincula à distância entre os sentidos (ou normas) construídos pela Corte e os sentidos literais dos textos normativos interpretados (constitucionais e legais)”²⁷⁰.

A provocação central feita à legitimidade dos juízes da Suprema Corte consiste no fato de que não há garantia em relação aos magistrados maior do que a depositada nos parlamentares. Além disso, não há razão para supor que os juízes saberiam melhor dos que os parlamentares os juízos de ordem moral e ética, sem fazer referência ao fato de que sequer a moral e a ética assumem unicidade na sociedade.

Para reconhecer maior grau de constitucionalidade e equilibrar o ativismo judicial, é necessário cumprir alguns procedimentos, segundo proposta de Carlos Alexandre Campos²⁷¹. O primeiro deles é a conferência do grau de legitimidade democrática nas decisões proferidas no poder judiciário. Há uma relação inversa entre o grau de democracia imprimido no ato normativo e o dever de atuação do Judiciário no exame de sua constitucionalidade. Noutras palavras, o Judiciário deve atuar o mais timidamente possível em função do pressuposto grau de

²⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *In Direito, Estado e Sociedade*. n. 44, jan./jun., 2004, p. 216.

²⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 199.

democratização do ato normativo, vez que deve-se prestigiar a efetiva participação popular e o maior grau de consenso político na elaboração desses atos.

Um comentário a ser feito em relação a essa máxima diz respeito ao que é efetivamente praticado no âmbito da formação e da construção da lei no âmbito legislativo. É que não há uma relação lógica imediata na existência de uma lei e o seu caráter democrático. É de se realçar que, conforme defendido no primeiro capítulo dessa tese, a democracia que se espera e se busca é aquela que advenha de um processo verdadeiramente participativo e que resulte de testes constantes de legitimidade. Uma lei nem sempre se amolda a esses pressupostos e o controle desses critérios pode ficar a cargo do poder judiciário.

O segundo aspecto apontado por Campos refere-se ao exame das condições de funcionamento da democracia. Isso implica no dever dos juízes de agir mais ativamente para defender direitos e institutos que são diretamente vinculados com o funcionamento da democracia²⁷². Ou seja, o judiciário deve ser ativo no resguardo das regras do jogo democrático, como na defesa das garantias individuais para a participação, da garantia dos direitos fundamentais e dos demais elementos pactuados.

Outra vertente com a qual o judiciário deve se ocupar diz respeito à proteção de minorias estigmatizadas. Justifica-se uma flexibilização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que ressoem negativamente nos direitos de minorias estigmatizadas, devendo o Poder Judiciário ser mais ativista na proteção dos direitos e interesses de grupos afastados dos processos decisórios ou cujas vontades não são abarcadas pela vontade majoritária (grupos sub-representados)²⁷³. É o papel contramajoritário a ser assumido. A maioria não pode, como dito, esmagar a minoria, e a minoria não pode vetar a maioria. Na verdade, o judiciário pode, neste caso, agir como mediador para a coexistência das duas manifestações sociais.

Além disso, o viés argumentativo do direito não implica total liberdade ou

²⁷² *Ibidem*, p. 199.

²⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 199.

arbitrariedade de decisão por parte do jurista. Isso significa que é possível conciliar o caráter argumentativo do direito com a ideia da regra da lei. E nenhum argumento jurídico a ser usado pelo intérprete será desvinculado do ordenamento; as soluções não de ser baseadas nas normas jurídicas²⁷⁴.

Em outros termos, Humberto Ávila²⁷⁵ assinala que o neoconstitucionalismo no Brasil está deveras subvertido, pois se tornou um movimento que supostamente busca a valorização da Constituição, enquanto realmente não a valoriza, já que a invocação de princípios se faz de forma direta e imediata sem vir acompanhada da devida fundamentação e interface com as percepções já lançadas no campo público sobre o referido conteúdo. Em verdade, a falta de precisão teórica do neoconstitucionalismo habilita, em tese, a argumentação para o realismo jurídico²⁷⁶, seguindo tendência que, no exterior, disputa com o positivismo e o moralismo jurídicos quanto à explanação, à justificação e à conformação da prática no mundo do direito. Na concepção jusrealista de Estado de Direito, o ativismo judicial careceria de capacidade para rejeitar as simplificações da política, ou seja, decisões normativas que deixariam de considerar a complexidade da organização da sociedade²⁷⁷.

E tais complexidades deveriam fazer com que os juízes, ao invés de tomarem decisões miraculosas para temas imbricados, deveriam promover questionamentos e problematizar os textos de lei e as decisões do Poder Executivo.

A utilização dos princípios como forma de remediar os problemas constitucionais, numa compulsão ponderadora, além de acarretar empobrecimento da sistemática jurídica, como se simples fosse o exercício de expressar em comando sintetizado um determinado contexto principiológico carregado de carga valorativa, pode implicar em danosas consequências. Além de contrariar outros comandos e

²⁷⁴ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Disponível: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso: 30 mar. 2017.

²⁷⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: edição do autor, 2015, p. 32.

²⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

regras que eventualmente já tenham sido editadas em outros fóruns de discussão pública, provocando ilegalidades, a utilização “leviana” dos princípios e da metodologia da ponderação pode acarretar o atendimento de interesses diversos dos que são contemplados no texto legal inquinado ou sobre o qual se discute, o que ocasionaria a corrosão da força normativa da Constituição.

Há outros exemplos de adequação normativa realizada pelo judiciário. Existem casos nos quais a resposta legislativa não caracteriza adequação, mas tentativa de correção ou mudança da jurisprudência, como, por exemplo, a aprovação pelo Congresso, de lei em evidente conflito perante a exegese constitucional do Supremo. Nesses casos, parece que os parlamentares suportam a revisão judicial porque a têm como politicamente útil. Na verdade, magistrados e cortes podem agir até em favor do regime dominante e contra impasses parlamentares e absorver as consequências de decisões conflitantes. E isso sem abandonar uma força contramajoritária por excelência. Corte boa é aquela que age em equilíbrio²⁷⁸.

O que se analisa é a crise da correspondência à lei como maneira de remodulação institucional e a conseqüente alteração na função do Poder Judiciário e do Estado na resolução das questões sociais. Esclarecendo, o problema é o impacto feroz da democracia de massas, e hodiernamente, da globalização da economia sobre o arquétipo de organização institucional que o ocidente recebeu do século XIX, isto é, Estados nacionais organizados consoante o princípio da separação dos poderes. A crise do formalismo é um capítulo da crise da democracia parlamentar, da inaptidão do sistema político tradicional de trabalhar a complexidade social²⁷⁹.

O abuso do uso de princípios, segundo assinala Marcelo Neves²⁸⁰, refere-se ao fato de que podem, por certo, fundamentar decisões antagônicas e também ofuscar a tomada de decisão embasada na consciência da sua ordem jurídica

²⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252.

²⁷⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

²⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 115-119.

constitucional.

Além disso, é imprescindível realçar a importância das regras constitucionais, principalmente considerando a supressão de incertezas decorrentes da interpretação constitucional. É que a atuação do Poder Legislativo quanto às regras é indispensável para a redução da complexidade e estabilização de expectativas normativas no Brasil.

Sobre a consideração dos interesses da sociedade na tomada de uma decisão, é importante dizer, a ausência de oitiva e de oportunização aos grupos afetados pela tutela jurídica pretendida, é bem verdade que há deficiência de representação no âmbito dos poderes legislativo e executivo, não apenas no judiciário. No entanto, a consideração feita a respeito da legitimidade (ou falta de legitimidade) do magistrado para promover o debate necessário sobre os impactos das decisões em relação aos grupos afetados pela decisão se dá justamente pelo fato de o agir judicante, ordinariamente, se restringir à solução da demanda individual. Há situações de tutela coletiva, sim, mas também restritas às partes envolvidas na lide. A preocupação com os desdobramentos práticos das decisões, de um lado, e com o grau democrático próprio de colegiados como cortes de precedentes, de outro, faz com que seja necessária a abertura do processo judicial a terceiros e que se revise o uso de princípios.

Repetindo o que já dissemos, o pragmatismo jurídico é considerado como a teoria que, diferentemente da metafísica, revela-se continuamente aberto a incorporações de novos saberes, considerando as consequências e a utilidade sócio-comunitária da regra²⁸¹.

Por isso, os juízes devem estar vinculados aos precedentes. Três vetores axiológicos orientam e justificam a incorporação de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. O dever de seguir a orientação firmada nas cortes superiores imprime previsibilidade ao direito, tornando-o mais claro quanto ao resultado e quanto ao significado das normas jurídicas. A obediência aos precedentes consiste em estabelecer um critério

²⁸¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 158.

objetivo e antefixado de decisão capaz de expressar segurança jurídica. Resultados iguais em demandas idênticas reduzem o número de decisões conflitantes e imprimem, justamente por isso, isonomia aos jurisdicionados. A inafastável aplicação dos precedentes possibilita a otimização e a racionalidade na utilização dos recursos previstos no código²⁸².

A teoria da jurisprudência das definições entende que o direito pode ser analisado como um objeto de conhecimento. Reconhece-se, assim, o direito logicamente deduzido de definições como um arquétipo puramente conceitual abstrato, fundado no método lógico-dedutivo, por meio do qual se deu ao direito positivo a forma clássica de uma ciência dogmática. Esse desenvolvimento da jurisprudência das definições denota o seu afastamento da Escola Histórica, que consubstanciava-se numa ciência jurídica abstrata e desvinculada da realidade social, política e moral do direito, então base para o formalismo jurídico²⁸³.

Observar os precedentes vinculantes também diminui o volume de processos nos tribunais, já que não seria preciso analisar novamente as decisões e reformar as que conflitassem com posicionamentos já sedimentados²⁸⁴.

Além de reduzir o número de processos, a deferência aos precedentes também produziria na Administração Pública a observância e revisão de atos que fossem contrários aos julgados de mesma natureza, nas cortes de precedentes.

O debate sobre aplicar o direito ou a moral só existe se houver a discrepância entre seus conceitos. E é por isso que o direito é uma coisa e a moral é outra, tendo em vista a necessidade de haver uma referência exógena para o direito. Os elementos que interferem na aplicação do direito pelo juiz são aqueles fatos da vida, a compreensão desses fatos, os mandamentos da moral e a leitura dos fatos a partir dessa ótica, as considerações e aberturas de oportunidade política à sociedade, as

²⁸² BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 23.

²⁸³ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 24.

vivências do juiz, além das disposições do ordenamento jurídico ou a realidade legal-normativa²⁸⁵.

O argumento apresentado, pois, classifica-se dentro do conceito de jurisprudência de interesses, ou seja, permite ao intérprete o resgate histórico e social da criação da norma e a consequente e contínua preocupação com a democratização do processo de decisão judicial. A falta de correspondência não pode ir para além da vontade e da capacidade do indivíduo de pagar determinado tributo. No limite, é como dizer que, se há caminho para se chegar a um dado modelo de sociedade e esse caminho implica em imposição fiscal a um grupo ou a grupos de indivíduos que não querem arcar com esse ônus, não será legítima a criação do encargo, respeitada a tábula da igualdade do encargo.

O respeito à separação dos poderes torna a atuação do Supremo Tribunal Federal mais legítima e contribui para a melhoria do processo de construção da hermenêutica constitucional. Atitudes divergentes representarão uma forma de ativismo judicial ilegítimo, também chamado de ativismo judicial antidialógico²⁸⁶.

A proposta é a de que não se engesse o direito, por meio da simples reprodução do texto legal, porquanto insuficiente para a solução dos problemas, mas que, de outro lado, também não se confira aos princípios, categorias macro, mas de utilização intermediária no raciocínio jurídico, solução para as controvérsias como se regras fossem. É dever do magistrado promover a deferência aos textos legais, aos atos administrativos, sendo que a superação do que ali se descreve traz para si o ônus argumentativo, em que, por meio da articulação com os princípios e entre todas as referências às decisões tomadas nos outros poderes e em casos anteriormente julgados pelo próprio judiciário, seja necessária a apresentação de outra solução. Quando esses temas dependem de pronunciamento sobre aspectos morais, por exemplo, ou econômicos, a legitimação das decisões judiciais, devem permitir a abertura participativa ou, ainda, promover questionamentos para que o

²⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 224.

²⁸⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 333.

poder executivo ou o poder legislativo, levando em consideração elementos apontados pelo juiz, decida de modo democrático.

CAPÍTULO 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMO A CORTE DEVE SE COMPORTAR NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES PARA CONTRIBUIR COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A teoria dos precedentes é construída para proporcionar da previsibilidade do resultado do julgamento, a uniformidade de tratamento dos jurisdicionados, e o afastamento da possibilidade de decisões individuais diferentes. É uma complementação do sentido da lei e, portanto, deve ter os atributos que dela decorrem para produzirem segurança jurídica. Passa-se, pois, ao exame dos pressupostos para a formação da Corte de Precedentes.

3.1 A COERÊNCIA E A CONSISTÊNCIA DAS DECISÕES COMO FORMA DE DEFERÊNCIA INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS SEUS JULGADOS E AOS CENTROS DECISÓRIOS DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER JUDICIÁRIO

A teoria dos precedentes é construída para proporcionar da previsibilidade do resultado do julgamento, a uniformidade de tratamento dos jurisdicionados, e o afastamento da possibilidade de decisões individuais diferentes das estabelecidas para todos²⁸⁷. É que a previsibilidade é inerente ao equilíbrio das relações humanas, não sendo possível imaginar uma sociedade política, social e economicamente organizada sem esse pressuposto. Como uma constante social, a previsibilidade deve estar presente no direito, sob pena de submetê-lo a quem o poderia manipular, e, assim, imprimir irracionalidades na distribuição da justiça e promover a corrupção²⁸⁸.

O controle pelo jurisdicionado das decisões judiciais é feito pela sua justificação, segundo Klaus Günther²⁸⁹. Para explicar esta justificação e o ônus

²⁸⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Boston: Harvard University Press, 2012, p. 35.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

²⁸⁹ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 35-40.

argumentativo, o autor divide a concretização da norma em duas oportunidades: a primeira diz respeito ao plano de validade em que a norma é justificada; a segunda relaciona-se à aplicação dessa mesma norma, sendo que seria impossível refletir sobre ela sem a demonstração de seu contexto concreto de aplicabilidade. A validade liga-se à aplicação por meio da universalização das normas, o que ele chama de Princípio “U”, sendo que, em situações distintas, a norma é formada não apenas pelo discurso de validade, mas também pelo de justificação e aceitação.

O princípio da universalidade requer que, para a fundamentação de uma decisão, seja posta uma regra universal e que cada decisão se alinhe a no mínimo uma regra universal. Sugestão para evitar a repetição de *regra universal*: O princípio da universalidade requer que a fundamentação de uma decisão se alinhe a no mínimo uma regra universal. É este princípio que justifica a recepção da demanda anterior para a resolução da seguinte. Decerto, em todo e qualquer sistema jurídico, é requisito axiomático da justificação da decisão a utilização de uma norma universal, ou seja, uma norma aplicável a todas as circunstâncias²⁹⁰.

A aplicação da norma seria antecipada pela justificação, já que a sua validade ancora-se na universalização (aceitação pelos interlocutores). A ponderação de uma norma diante de outras aplicáveis a uma situação já seria antecipada pela aplicação do Princípio “U” àquela mesma norma, a qual poderia ser aceita por todos os afetados como a representação de seu interesse comum²⁹¹. A justificação é o elo que permite e guia a interpretação das leis pois confirma princípios e argumentos do ordenamento jurídico²⁹².

Nesse sentido, a atividade judicante não leva a uma única resposta correta. Isso porque a norma, como resultado da atividade de cotejar texto *versus* realidade, não se demonstra, mas se justifica²⁹³. Mangabeira Unger afirma que é impossível

²⁹⁰ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 75, p. 165.

²⁹¹ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 64.

²⁹² *Ibidem*, p. 268.

²⁹³ “A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata”. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho**

justificar uma decisão judicial somente por tê-la como objetivamente correta, na medida em que não há correição em si mesma no direito. Ela só é obtida com a demonstração pragmática, procedimental, ou com alusão a debates anteriores sobre o mesmo tema jurídico.

A dificuldade de alcance do Princípio “U”, principalmente diante da impossibilidade de previsão das situações de aplicabilidade da norma, faz com que se esteja diante da forma “mais fraca” de validade, qual seja, a sua aceitação por todos, dadas as mesmas circunstâncias²⁹⁴.

A fundamentação das decisões judiciais apoia-se nas convicções morais presentes no cenário político em que estão inseridas – sendo isso o que está em questão quando há dúvidas sobre a decisão correta. A tarefa do intérprete, assim, é de ordem argumentativa, incumbindo ao juiz oferecer razões que demonstrem a compatibilidade do seu posicionamento com os princípios moralmente compartilhados pela coletividade²⁹⁵.

A universalidade diz respeito ao compartilhamento do significado da premissa geral, que poderá ser utilizada no mesmo sentido em momento posterior. A decisão será universalizada se atribuir sentido aos termos de modo que, dadas as mesmas circunstâncias, eles possam ser reproduzidos. Também explicita que os juízes, para formularem a decisão correta, devem levar em conta as consequências normativas dela decorrentes, em contraponto às demais possíveis soluções no caso concreto²⁹⁶.

Neil MacCormick²⁹⁷ discorda da ideia de que o direito seria regra de reconhecimento, por não ser mais satisfatória frente a outras áreas do conhecimento, como economia e política, e oferece nova linha metodológica para

medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 65.

²⁹⁴ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral:** justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 67.

²⁹⁵ PIRES, Teresinha Inês Teles. A definição da justiça sob a perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin. In LOPES, Carla Patricia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça:** análise de teorias contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115.

²⁹⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.199.

que as escolhas jurídicas fujam à arbitrariedade: a universalidade da conceituação, o critério da consequência e a coerência entre as categorias e os conceitos.

A coerência tem como pano de fundo a ideia de igualdade e dialoga com a consistência. Enquanto a consistência é a inexistência de contradição entre duas ou mais regras, a coerência é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum”²⁹⁸.

A coerência consiste no atributo de relação entre dois elementos. Para Bracker, “qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Coerência formal está ligada à noção de consistência e completude e substancial está relacionada à conexão positiva de sentido”²⁹⁹.

Ser coerente é importante por dois motivos: permite a compreensão das normas e do sentido atribuído à norma, bem como estabelece uma relação entre elas³⁰⁰. Nesse mesmo sentido, é relevante a distinção entre a coerência normativa e a coerência narrativa.

A coerência normativa conforma-se quando são integrados os princípios e os valores, enquanto a coerência narrativa é observada quando há elo entre os eventos narrados passados e presentes. Juntas, ambas as perspectivas da coerência refletem o ideal de sistematicidade da ordem do direito³⁰¹.

A função do tribunal constitucional seria a aplicação prática do direito constitucional por meio de um controle judicial da constitucionalidade, para a clareza do direito e a manutenção de uma ordem jurídica lógica e coerente. A coerência faz com que seja possível alterar determinado entendimento judicial em face de mudança de perspectiva, seja fática ou axiológica: ao sistematizar e justificar histórica e contextualmente a mudança, demonstra-se a razão e afasta-se o arbítrio.

²⁹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 301.

²⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 148.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 148.

³⁰¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 251 e ss.

Esta função é problematizada quando se decide sobre a moral ou sobre temas para além do direito. Nesse sentido, deve haver coerência no modo de decidir da Corte, e isso quer dizer o seguinte: ou bem se admite a possibilidade de o juiz enfrentar questões que demandem incursão em outras esferas do conhecimento, como a política ou a economia, por intermédio de auxiliares *experts*, ou, ao contrário, se decide apenas conforme a lei e aplica-se a jurisprudência, ou determina-se que o legislativo e o executivo editem os atos regulamentares de forma democrática.

A superação dos julgados é possível, somente se houver nova justificação argumento. Na aplicação da moral aos problemas jurídicos, é tratada a questão da derrotabilidade³⁰² dos precedentes, sendo que, pela coerência, o processo de inserção da exceção no interior da regra jurídica impõe o fenômeno da universalização, a partir da qual o julgamento singular se torna paradigmático e referência e modelo aos próximos julgamentos.

No espaço público, é importante que a mesma solução seja replicada em casos idênticos: “o que a tese da universalidade professa é que não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos”³⁰³. Se o julgador não aplica a regra em situação idêntica, não permite a universalização semântica da mesma, dando lugar ao arbítrio.

A consistência relaciona-se à característica do julgamento que se dá por meio de fundamentação diversas e variadas, compartilhadas no ambiente coletivo. Na verdade, o judiciário precisa buscar razão para além de “suas visões pessoais; afinal, a Constituição não é simplesmente um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que se tem vontade”³⁰⁴.

³⁰² Teoria da derrotabilidade é a que estuda os pressupostos para a superação de determinada norma, encaixando-a na excepcionalidade que permite afastar a aplicação do enunciado normativo em função de peculiaridades, bem como os efeitos dela decorrentes. “Derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções” (BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *In Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun., 2011, p. 30).

³⁰³ FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais**: o caso do leasing. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 148.

³⁰⁴ DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarilís de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.17

Estes são, portanto, os limites e os *standards* de atuação jurisdicional constitucional, de modo que os julgamentos da Suprema³⁰⁵ Corte devem ser pautados pela coerência formal e material, seja para que suas decisões sejam universalizáveis, seja para a coerência conceitual dos termos linguísticos envolvidos nas discussões.

3.2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR E DOS AFETADOS PELA NORMA NOS JULGAMENTOS REALIZADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apenas a lei elaborada pelos indivíduos poderia limitar a sua própria atuação, pois este seria o único caminho que possibilitaria a busca das diversas finalidades almejadas pelos homens³⁰⁶.

Em linha com essa concepção, decisões constitucionais que pretendam construir o direito diretamente a partir da “interpretação”, sem a necessária participação do cidadão, não devem ser aceitas, já que tal construção só pode ser feita a partir de um procedimento discursivo e democrático que lhe confira legitimidade. Senão os cidadãos submetidos àquele ordenamento não o teriam criado, o que lhes conferiria um mero e simples papel de ouvintes da criação jurídica de alguém que lhes fosse estranho (governo dos homens e não governo das leis). Tal prisma do Direito cria um grande abismo democrático, vez que nem mesmo a tecnicidade de um magistrado poderia conferir legitimidade ao ordenamento.

É por essa razão que Jürgen Habermas³⁰⁷ afirma que a atividade judicante e a doutrina jurídica devem estar atreladas. Isto não significa que a academia e o judiciário não estão habilitados a criar normas apenas pelo acúmulo e sofisticação do conhecimento dos julgadores, mas, sim, estão vinculados ao bem tutelado coletivamente a partir da expressão democrática. A função da Corte, essa, sim, ativa, está presente no momento em que garante o desenvolvimento das esferas

³⁰⁵ SHAPIRO, Carolyn. *Coding complexity: bridging law to the empirical analysis of the Supreme Court*. In *Hastings Law Journal*. Chicago: Chicago-Kent College of Law. v. 60, mai., 2009.

³⁰⁶ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 231.

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 183.

pública e privada, por intermédio da exigência de participação popular na formulação de escolhas jurídicas.

Assume-se que a realização do princípio democrático deva ser orientada com base nos elementos aludidos neste capítulo em suas vertentes procedimental e substancial.

O exercício do princípio democrático é constante e rotineiro, de modo que a sua concretização se faz cotidianamente. Nos tribunais, isso não é diferente. Na esfera da elaboração e produção da norma, o constituinte originário estabeleceu uma lista de direitos materiais que deveriam orientar a instituição de tributos, como também o que deveria ser objeto de tributação pelos entes federativos. O tópico seguinte cuidará da descrição do que é pactuado na Constituição a esse título, bem como formulará a síntese dos aspectos principiológicos.

A participação do cidadão no debate constitucional é importante para suprir a necessidade de aplicação da moral, fato que, como visto no capítulo anterior, é uma realidade enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao julgar, a Corte não pode aplicar qualquer coisa ao fundamento do “interesse público”. A objetividade das normas e decisões retira convicções e crenças pessoais do interlocutor, visto que está ancorada no consenso. Conforme assinala Gustavo Zagrebelsky³⁰⁸, a distância entre o direito e a moral, que isolava a conexão do direito com as demais ciências, inclusive com os fundamentos axiológicos e filosóficos, revelou uma carência de adequação do direito aplicado aos anseios da sociedade contemporânea. De fato, o estado de direito, em modelagem estanque de separação de poderes, não seria nada mais que o retorno do “absolutismo com a roupagem de assembleias parlamentares”. Passou-se do Estado conformado sob a vontade do monarca para o Estado constituído pela vontade do legislador, sem que fossem considerados os valores sociais.

Segundo essa concepção, é necessário o emprego de um conteúdo ético-moral que antecipe o decisionismo majoritário, contexto em que o judiciário é imbuído da função de fiscal primeiro da justiça política. Empresta-se, pois,

³⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

importância à proteção desse elemento indispensável para a concretização da democracia, independentemente do organismo que realize a sua tutela, podendo ser, inclusive, o juiz. Nesse quadro, o agir da corte não é apenas desejável, mas necessariamente saudável e imprescindível à democracia.

Dizer todos esses argumentos implica dizer que falta ao judiciário tanto a habilidade prática como, igualmente, a legitimidade política para reestruturar e gerir os consequentes da formação de política pública.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, complementa a função democrática exercida, bem ou mal, pelo legislador na fixação das regras que orientam a sociedade. Nesse mote, é importante fixar a finalidade da construção do direito fundado na reflexão, que busca inserir mecanismos de autorregulação democrática, ou seja, o direito é constantemente testado com o propósito de amoldá-lo ao contexto social e à moral. Esse trabalho deve ser realizado por intermédio do diálogo o mais amplo possível, para tomada consistente de opiniões.

O fato de apenas certos grupos participarem dos debates, excluindo os demais, pode ter efeitos deletérios na conformação democrática determinados por atitudes proativas dos chamados “mediadores” do jogo democrático, ou seja, daqueles que viabilizam o debate público. Neste caso, a identificação dos afetados por determinada decisão na esfera pública é questão crucial no estabelecimento da perspectiva participativa.

O Supremo Tribunal Federal, quando enfrenta temas para além das regras jurídicas, que demandam incursões na moral e na economia, por exemplo, deve abrir oportunidade para a participação daqueles que serão afetados pela sua decisão, sob pena de agir antidemocraticamente. E se diz antidemocrático porque a participação da sociedade é fundamental para a legitimação do julgamento.

Não se olvida que a função de julgar também se relaciona com a atualização do direito, isto é, com a necessidade de o direito adaptar-se aos anseios presentes e futuros, e, por isso, deve ser realizada a interseção entre o fato e a realidade³⁰⁹.

³⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 79.

No mesmo sentido, a lei encontra seu fundamento na sociedade, pelo que o trabalho judicial também pode contribuir na atualização do texto diante das possibilidades advindas do cotejo entre os enunciados normativos e a vontade social manifestada organizadamente. O exercício judicial não é livre, mas condicionado à produção do direito a partir do texto e do seu confronto com a realidade³¹⁰. E isso somente é possível com a abertura à participação social, bem como com a capacidade de o tribunal organizar e formatar as manifestações e traduzi-las para o direito.

Se é verdade que o juiz constitucional decide em conformidade com princípios, e que princípios são dotados de carga valorativa, a legitimidade da sua decisão precisa estar embasada nos testes de aceitação pela sociedade (maioria e minoria). Primeiramente, os ministros do Supremo Tribunal Federal não representam a sociedade, mas isso não significa que suas decisões possam ser dissociadas das colaborações dos grupos de interesse (na verdade, mesmo quem tem mandato, nem sempre há responsividade para com os representados); a duas, como a decisão produzida com efeito vinculante em relação aos demais casos semelhantes, é imprescindível que o maior número de consequências possíveis seja dimensionado para a produção.

Conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz³¹¹, a dogmática no século XIX começou a atribuir aos seus conceitos um caráter abstrato que lhe concedeu liberdade frente aos interesses em jogo. Objetivava-se a neutralização dos interesses concretos na formação do próprio direito, neutralização já requerida politicamente pela tripartição dos poderes e pela autonomia do judiciário. Portanto, o objeto da ciência dogmática passa a ser a elaboração de norma abstrato, num nível de abstração mais elevado, o que lhe proporciona uma certa independência e liberdade ao trabalhar com o direito, concedendo-lhe grande mobilidade, vez que

³¹⁰ “A interpretação é expressão de uma manifestação constitutiva, que envolve uma decisão. Essa decisão é assumida mediante a formulação de um juízo de legalidade – não de um juízo de oportunidade (=discricionariedade). Não obstante, a doutrina insiste no equívoco de confundir discricionariedade (juízo de oportunidade) com a liberdade de pensar, própria da natureza do homem” GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 92.

³¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988, p. 81-82.

tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias premissas e pela adoção de *standards*. Opostamente, contudo, surge o afastamento da realidade, uma vez que a ciência dogmática, sendo abstração da abstração, preocupar-se-á, proporcionalmente, com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídicas de seus conceitos.

O judiciário não tem os mecanismos para promover *per si* a formação de um consenso racional, uma vez que na sua atuação não existe a possibilidade de participação de todos os atingidos pela norma, de maneira que as pretensões de validade de um discurso não são supridas e, portanto, não há formação livre da vontade³¹². É por isso que ele não é credenciado para promover a criação do direito a partir de valores.

O judiciário, no que tange à aplicação de princípios abertos, deve articular o discurso da aplicação com o direito posto, em respeito à legitimidade de formação das normas do sistema jurídico de modo a complementar o processo democrático.

Nessa linha, o poder da jurisdição constitucional está na “agressividade” com que busca a garantia do procedimento, e não na sua imposição em relação ao conteúdo que dele decorrerá. As consequências para a democracia não poderiam ser ignoradas pelo tribunal, já que há premissas relevantes na definição dos procedimentos democráticos. A primeira delas é que as regras oriundas da vontade coletiva já são dotadas de validade (legitimidade). A segunda razão é que a sua alteração resultaria na substituição de uma visão coletiva de mundo por uma visão privada, e não existe qualquer garantia empírica de que a concepção de futuro determinada por juristas seja melhor do que a trabalhada por procedimentos democráticos, especialmente em um país como o Brasil, no qual os membros do Judiciário, em sua maioria, advêm de uma elite jurídica³¹³. Por fim, a legitimidade da

³¹² “É bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. 2. Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, v. I, p. 346.

³¹³ “[...] o campo demonstra seu efeito de refração das lutas de classe e frações de classe. Assim, é possível avançar em considerações acerca do grau de democratização da justiça, aferível a partir dos resultados em minha pesquisa. Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que os grupos profissionais mais radicais na agenda de transformação da justiça, associados em geral ao movimento do direito

atuação do tribunal para uma teoria discursiva³¹⁴ não reside em sua construção do direito, mas em sua habilidade de ser o guardião do procedimento democrático, havendo, para essa função, necessidade de uma jurisdição agressiva e, para o conteúdo, uma atuação passiva e deferente em relação ao que tenha sido manifestado.

O propósito do judiciário como um todo e principalmente da Corte Constitucional é a promoção de discursos de justificação a partir das normas produzidas legitimamente, ou seja, produzidas com a participação dos cidadãos, quando essa participação é possível. Não sendo possível, o judiciário não poderá tomar decisão sobre questão moral ou econômica. Quando a aplicabilidade de uma norma é analisada no caso concreto, o magistrado deve produzir um discurso racional no processo de prolação de uma sentença. Assim, o magistrado e o jurisdicionado formam um consenso que reside no discurso de aplicação, e a facticidade da decisão do juiz estaria fundamentada na legitimidade da norma

alternativo, são visivelmente ausentes das estruturas do campo político da justiça e dos círculos das elites da administração da justiça estatal, que procurei delimitar neste estudo. Segundo Engelmann, não só os juristas críticos foram acomodados num espaço acadêmico contra-hegemônico, sendo portanto deslocados de suas posições e de seu potencial transformador das carreiras e instituições de justiça, como o próprio discurso de politização e crítica à tradição jurídica acabou sendo incorporado pelo campo, de forma mais moderada, passando a compor o repertório dos agentes em luta, especialmente das associações representativas das bases profissionais e de entidades segmentadas de perfil progressista mais moderado” [...] “mesmo que se considerem os avanços da Reforma do Judiciário em 2004 no que se refere à organização das carreiras e da composição das cúpulas dos tribunais e a participação ativa das lideranças associativas no processo político de Reforma e no acionamento do CNJ como instância política de controle do sistema, considero que a ideia de uma democratização interna da justiça deva ser vista com algumas ressalvas. A primeira delas é a de que, como já dito, o processo político da Reforma, mesmo que tenha resultado em inegáveis ganhos de transparência, racionalidade e organização das carreiras jurídicas de Estado, foi todo ele conduzido por elites da administração da justiça cujas posições já eram há muito tempo consolidadas no campo, com participação inclusive na Assembleia Nacional Constituinte de 1986, e cujas características sociais, bastante homogêneas, sofreram poucos impactos em decorrência da massificação e da diversificação social das bases profissionais das carreiras jurídicas nas últimas décadas do século XX. Além disso, o espaço político criado para a atuação das lideranças associativas das profissões jurídicas se deu por meio da centralização do campo político da justiça em torno de suas posições institucionais de cúpula, especialmente aqueles de nível nacional – o ST, a OAB, a Procuradoria-geral da República, os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público e, em certa medida, o Ministério da Justiça e sua Secretaria de Reforma do Judiciário” ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**. Tese de Doutorado na Universidade de São Paulo. 2010, p. 303-304.

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 200-ss.

formada no caso concreto. É apenas a partir dessa interação que se pode atribuir legitimidade ao processo judiciário.

As formas de participação no processo legislativo são diversas, sendo pertinente a referência às consultas públicas, colegiados públicos, audiências públicas, relatórios preparados por associações e demais grupos de representação. A administração pública, por seu turno, como resposta às novas demandas, adapta sua estrutura para que possa aderir e considerar as posições setoriais a ela endereçadas³¹⁵.

Se no legislativo os instrumentos jurídicos estão sendo aperfeiçoados para recebimento de participações populares diretamente da sociedade, o judiciário, igualmente, aparelhou-se para receber as manifestações dos afetados por suas decisões.

Trata-se da previsão do *amicus curiae*, figura processual prevista no ordenamento jurídico desde 1976³¹⁶. O *amicus curiae* consiste na entidade ou na pessoa alheia à causa e que se dirige ao tribunal para, por provocação ou espontaneamente, apresentar contribuições para solução do processo em que participa.

Os critérios exigidos para a participação do *amicus curiae* são a pertinência de sua contribuição, a relevância da matéria e repercussão social, e, no caso de entidade representativa de interesses, a demonstração da “representatividade qualificada”, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. Considera-se representatividade qualificada a circunstância. O STF define que esta representatividade equivale à *adequacy of representation*, na medida em que se exige o reconhecimento de que há credenciamento institucional daqueles que atuam

³¹⁵ “Engajamento não se trata de manter uma gestão vertical baseada em poucas participações populares que, na maioria das vezes, tem pouco ou nenhum valor. Tem a ver com entender o cenário e as expectativas de quem está envolvido e propor espaços para diálogos que contribuam para uma gestão participativa. Mais além, é equilibrar as expectativas e a realidade, evitando um hiato entre Estado e cidadão”. MANSI, Viviane Regina; LORENZETTI, Maria Antonella. A importância do diálogo na construção dos espaços democráticos marcados por participação popular. In FERRAZ, Daniel Amin; GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Relações governamentais e investimentos**. Curitiba: CRV, 2017, p. 153.

³¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271.

em nome de terceiros em prol de objetivo em comum.

Essa premissa faz com que o STF, por exemplo, já tenha afastado a aceitação de empresa ou pessoa física como *amicus curiae*, na medida em que essa condição seria contrária à ideia de reunião de interesses a serem representantes perante as Cortes.

A justificação da presença do *amicus curiae* nos processos constitucionais tem assento do fato de que os afetados pela decisão podem fiscalizar o julgamento, na garantia de maior efetividade e legitimidade³¹⁷. Além disso, os cidadãos exercem a participação não apenas no legislativo³¹⁸ por intermédio da representação parlamentar, mas, igualmente, em locais públicos nos quais reconhecem a utilidade social e o STF é um desses ambientes.

Considerando que a função do STF assumida também inclui a de complementação do sentido da lei, principalmente ao julgar recursos com repercussão geral ou ações de controle concentrado, a participação dos afetados pelas suas decisões é a forma como é possível realizar, previamente à decisão, debates acerca do possível impacto e de levar em consideração elementos extrajurídicos pertinentes à discussão enfrentada pela Corte.

Acerca da legitimidade da sua atuação, há o argumento de que o *amicus curiae* não poderia ajudar a argumentação em prol de uma das partes, mas apenas contribuir de modo imparcial com a Corte. A figura seria próxima do *amicus curiae* americano, que contribui com as discussões para tomar partido na relação processual, no sentido de reforçar a argumentação em prol de uma das partes envolvidas na ação³¹⁹. O STF já se posicionou sobre isso e chegou a esta conclusão ao não aceitar uma pessoa jurídica (empresa) a participar do processo como *amicus curiae*: “controle normativo abstrato de constitucionalidade não permite que, em seu âmbito, se discutam situações individuais, nem se examinem interesses

³¹⁷ CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* na legislação brasileira. In **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 113, out. 2015/jan. 2016, p. 621.

³¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity**. New Jersey: Princeton University, 2011, p. 8.

³¹⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 153, jan./mar. 2002, p. 4.

concretos”³²⁰

Este juízo acerca da participação do *amicus curiae* merece algumas reflexões. Em primeiro lugar, a intenção da entidade que pretende ingressar nos autos nesta qualidade de *amicus* terá, em todo e qualquer caso, será contribuir com o debate e, certamente, possui um ponto de vista a ser perseguido com a participação. Seria ingênuo pressupor que entidades representativas de interesses não tivessem posição e uma pretensão ao se manifestar em qualquer ambiente público deliberativo. É preciso reforçar que as participações no ambiente democrático são propositadas para apresentar pleitos e justificativas para esses pedidos de regulação coletiva. A posição em favor de uma das partes não pode ser impeditiva para a participação no ambiente processual constitucional adotado no Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal lida com questões morais, políticas e econômicas e precisa justificar sua legitimidade para enfrentar essas controvérsias. Nossa tradição prestigia muito mais a legitimidade formal de quem pleiteia, do que, efetivamente, a qualidade do argumento apresentado pela parte requerente. Em outros termos, mais vale quem diz do que o que diz. A Corte, no entanto, precisa, sim se lançar ao debate para além do direito, no intuito de concretizar as promessas constitucionais, mas, de outro lado, para realizar o julgamento, precisa se municiar de dados e informações, traduzíveis para o direito, e que reflitam as pretensões da sociedade. Para isso, a participação dos afetados direta e indiretamente com as decisões tomadas em discussões que dependam desses elementos.

3.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

O direito moderno deve ser racional, o que significa a sua conformidade ao padrão de previsibilidade e calculabilidade³²¹. O poder é aceito em razão das

³²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02-02-2001.

³²¹ A calculabilidade traduz-se no atributo que produz “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante

garantias mínimas de segurança dadas pelo Estado e das prestações positivas com as quais está comprometido. Eis a tábula da segurança jurídica³²².

A norma é o resultado da interpretação, não consistindo no texto legal propriamente dito. Resulta, pois, da produção do direito em casos concretos a partir dos denominados enunciados normativos. E o processo de interpretação deve resultar em uma regra dotada de previsibilidade e calculabilidade. Os juízes devem estar vinculados aos precedentes. Diante disso, se pergunta: o que é precedente?

O precedente é considerado o resultado da produção do direito por meio da reflexão sobre o texto legal e demais enunciados normativos frente aos aspectos fáticos, sendo que a conclusão a que chegar o juiz após este raciocínio também integrará o direito e deverá ser observada pelos demais juízes em casos análogos. A exceção diz respeito às hipóteses de superação do precedente ou distinção do caso do ponto de vista fático em relação ao caso líder (*leading case*).

Aquele que detém o poder de criar um precedente diz como se entenderá aquele assunto, portanto, detém, também, grande responsabilidade social para com o futuro³²³.

Três vetores axiológicos orientam e justificam a incorporação de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. O dever de seguir a orientação firmada nas cortes superiores imprime previsibilidade ao direito e torna-o mais claro quanto ao resultado e ao significado das normas jurídicas. A obediência aos precedentes consiste em estabelecer um critério objetivo e antefixado de decisão capaz de expressar segurança jurídica. O igual resultado em demandas idênticas reduz o número de decisões conflitantes e imprime, justamente por isso, isonomia aos jurisdicionados. A inafastável aplicação

‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ - legislativo, executivo e judícia” (CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257).

³²² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 15.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

dos precedentes promove a otimização e a racionalidade na utilização dos recursos previstos no código³²⁴.

Observar os precedentes vinculantes diminui o volume de processos nos tribunais, já que não precisam analisar novamente e reformar decisões que conflitem com posicionamentos já sedimentados³²⁵. Além de reduzir o número de processos, a deferência aos precedentes também produz na administração pública a observância e revisão de atos contrários aos julgados da mesma natureza nas Cortes de Precedentes.

O juiz, paralelamente ao legislador³²⁶, é, diante da própria ideia, descobridor e conformador do direito, que ele traz sempre para o processo a partir da lei, com a lei e, caso necessário, também para além da lei. O Direito é o resultado da confluência dos fatores da previsibilidade e da calculabilidade, na qual se comunicam a ciência do direito e todos aqueles que também opinam publicamente e corroboram, assim, para definir a consciência jurídica geral. É por isso que se nega ao juiz o poder decisionista absoluto, na medida em que deve haver o trabalho de “dupla contingência”, de acordo com a proposição de Niklas Luhmann³²⁷. Alter e ego, ou seja, as perspectivas diversas sobre mesmo fato podem existir e, justamente por isso, devem ser apresentadas e observadas pelo juiz e pelo legislador.

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 23.

³²⁵ *Ibidem*, p. 24.

³²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

³²⁷ Sobre a redução da complexidade e a dupla contingência, “Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas. A existência e o relacionamento das contingências dos diversos sistemas ao seu redor constitui para o sistema focal a complexidade do seu meio. Para poder enfrentar essa complexidade no seu meio, o sistema é obrigado a corresponder com a elaboração de estruturas complexas, que por sua vez, podem aumentar a contingência do sistema e assim iniciar um processo evolutivo” MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

E assim deve ser porque, ao fazer parte do direito, o precedente não pode deixar de ser considerado. O direito tem a função de conferir segurança jurídica, bem como de promover tratamento isonômico aos jurisdicionados³²⁸.

Historicamente, a ideia de precedente é construída dentro da perspectiva do *commom law*. Inicialmente a percepção da força dos julgados circunscreve-se à ideia de que o juiz seria o oráculo do direito, o que se denomina teoria cognitivista da interpretação³²⁹.

Pela teoria cognitivista da interpretação, o julgado anterior era tido como mera ilustração, sem que houvesse a necessidade de vinculação³³⁰. Em verdade, os julgados não eram critérios de decisão, mas elementos experimentais que poderiam ou não ser utilizados como parâmetros em casos futuros.

O segundo momento da força do julgado no ordenamento diz respeito a sua função persuasiva, com surgimento entre os séculos XVI e XVII³³¹, quando os precedentes passam a ser considerados como parte da tomada de decisão - os precedentes e as leis deveriam ser seguidos, salvo nas hipóteses em que sejam absurdos ou injustos.

3.3.1 *Técnicas e procedimentos específicos para a formação do precedente*

Alguns conceitos são importantes para a aplicação da teoria do precedente. *Binding precedent*³³² é aquele que deve ser seguido pelas cortes inferiores, as quais apenas podem deixar de aplicá-lo na hipótese em que os fatos sejam distintos

³²⁸ “Como um modo de domesticação do exercício de domesticação do exercício do poder voltado à promoção da justiça, o Direito é o avesso da arbitrariedade – é um modo de promoção da paz e de contenção da violência, sendo um meio de ordenação racional da liberdade e da igualdade” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

³²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

³³⁰ “O precedente com função ilustrativa, portanto, encontra-se na origem do *Case Law*. O direito inglês forma-se a partir do caso, e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico” *Ibidem*, p. 29.

³³¹ *Idem*, p. 35.

³³² SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Boston: Harvard University Press, 2012, p. 59.

daqueles considerados na formação do precedente. A técnica da diferenciação implica na análise das circunstâncias de fato do caso concreto frente ao precedente, assim como a sua razão de decidir habilita a extensão ou a limitação desse mesmo precedente³³³. Isso é feito pela própria corte de precedentes e, principalmente, pelos juízes e tribunais inferiores.

O pressuposto de que as Cortes Superiores brasileiras devem apresentar *rationes decidendi* que demonstrem o sentido do direito, não implica em afirmar que, quando a concordância entre os magistrados é impossível, a Corte não possa resolver a demanda sem chegar a uma *ratio decidendi* nítida ou capaz de ser compreendida pelos tribunais inferiores³³⁴.

A *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal advertiu que essa fundamentação não deve ser vista como legislação, mas como a interpretação da legislação. Além disso, a *ratio decidendi*, em verdade, consiste em uma interpretação ou conclusão aplicável capaz de justificar a decisão da lide³³⁵.

A necessidade de impressão de racionalidade ao julgamento (*ratio decidendi*) demanda a apresentação dos fundamentos do direito que serão apreciados pelo colegiado, não apenas para expor o exato objeto da deliberação, mas para garantir a racionalidade e a centralidade do debate, afastar a análise de pontos irrelevantes e propiciar a adequada participação dos julgadores quando da observação de cada fundamento. Noutros termos, adotar como primeiro passo a delimitação do objeto a ser julgado tem relevância quando se busca uma *ratio decidendi* precisa, com o afastamento de decisões paradoxais e de *obiter dicta*³³⁶.

Opõem-se duas maiorias: a maioria dos cidadãos e a maioria dos julgadores na votação do caso concreto. O judiciário deve obediência absoluta à Constituição - o pacto legal aprovado pela maioria mais representativa.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 18.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38.

³³⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 209.

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.

Os processualistas equiparavam a função do juiz à de um historiador, como se a aplicação da norma ao fato fosse uma atividade de historiografia, na qual o decidir nasceria como algo concluído e fora do procedimento judicial, pelo que a sua decisão limitar-se-ia a declarar. Igualmente ao historiador, o juiz não poderia alterar o rumo dos eventos atinentes ao passado³³⁷.

Por seu turno, o julgamento do colegiado pode ser adotado sem que seja possível apresentar a *ratio decidendi*. Por mais que haja maioria na conclusão, os argumentos apresentados, por serem contraditórios entre si, ainda que se chegue à mesma conclusão objetiva quanto ao provimento ou desprovimento do recurso, não gerariam uma *ratio decidendi*. Conforme comentou Thiago Aguiar de Pádua³³⁸, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu um critério para a sua utilização quando houvesse diversidade nas argumentações dos votos. É o caso “*Marks v. United States*” (*Marks test* ou *narrowest grounds test*), em que se decidiu o seguinte: na hipótese de fragmentação dos votos e de que inexista racionalidade única para explicar o resultado da maioria, a decisão a ser adotada será aquela tida pelos fundamentos mais restritos, ou seja, o ponto em que se assemelhem os votos.

Pode haver problemas na definição da tese, nomenclatura atribuída à síntese de um julgamento do STF. É potencialmente problemático escolher entre teses restritivas e teses abrangentes. O melhor caminho é um debate fundado na razoabilidade de tais vetores, observando as peculiaridades do caso concreto, vez que, por vezes, uma tese restritiva adequa-se melhor a um determinado caso. Paralelamente, é possível que uma tese ampla traga resultados mais satisfatórios à demanda. Assim, o maior problema surge quando essa ideia é aplicada a um sistema de precedentes vinculantes.

Para Cross³³⁹, a *ratio decidendi* de um processo é qualquer regra do direito, explícita ou implicitamente trabalhada pelo magistrado, como um caminhar

³³⁷ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 75, p. 135.

³³⁸ PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Inconstitucionalidade por violência argumentativa**: uma urgente imposição constitucional. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/inconstitucionalidade-por-violencia-argumentativa-07022017>>. Acesso em 04 abr. 2017.

³³⁹ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 75, p. 187.

inafastável para chegar à conclusão, contando-se o raciocínio adotado ou sua fração necessária para a instrução.

Nos casos em que surja divergência, as bases para a decisão mudam a depender do magistrado que prolatar sua decisão, especialmente em casos de grande repercussão. É comum que os julgados singularmente, mesmo que anuindo ao que foi lançado pelo relator, manifestem uma fundamentação diversa, por vezes até mais específica para a decisão, sem que a corte se torne apta a elaborar um texto coerente para vincular todos esses argumentos³⁴⁰.

Essa afirmação parece ser um tanto “drástica”, mas não pode permitir ao juiz distanciar-se dos demais enunciados normativos. Afirmar que o juiz é legislador precisa de complemento. Por certo, o complemento diz respeito ao fato de o juiz não poder criar a lei a partir de sua própria percepção do bem da vida, mas, sim, de dever reportar-se a diálogos nos ambientes legislativo e executivo, além de realizar os testes de correspondência, ou atribuição de responsividade, para proceder ao exame da participação popular e da responsividade.

O *distinguishing* é uma técnica que coloca uma exceção à *ratio decidendi* de um precedente. Ocorre que encontram-se peculiaridades após detalhada análise de casos que, *a priori*, seriam semelhantes. Assim, o caminho argumentativo trilhado em um determinado processo – *a priori* semelhante a um outro - pode resultar em diferenças gritantes, o que justificaria decisões diferentes daquelas sedimentadas pelo tribunal³⁴¹.

É possível dizer, assim, que o *distinguishing* não apenas introduz uma exceção, como também serve à demonstração de diferenças a partir de sutilezas, de contornos e desdobramentos de controvérsias aparentemente idênticas.

Outra dificuldade enfrentada em um sistema que adota precedentes é distinguir os expedientes da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. Enquanto o primeiro consiste na motivação que leva o magistrado ou a Corte a decidir dessa ou daquela

³⁴⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 83.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set. 2016, p. 30.

forma, o *obiter dictum* impõe uma afirmação em paralelo, que corrobora, apesar de não ser decisiva, a argumentação que se pretenda apresentar.

O Brasil não conta com um mecanismo organizado de precedentes. A unificação das decisões é feita por meio de enunciados e súmulas, e não de demandas trabalhadas pelos próprios tribunais como exemplares de seu pensamento. Os enunciados e súmulas, geralmente, por meio de fórmulas abertas e sem qualquer vínculo a argumento, indicam para a sociedade o futuro final dos processos³⁴².

No Brasil, a técnica pode ser tida como a procura pelo voto médio, ou seja, a identificação das razões compartilhadas na parte mais restrita. Essa técnica apresenta um problema, pois é fato que os argumentos estabelecidos e pinçados pela linha mais estreita não revelam, necessariamente, a essência dos votos e não se sustentariam se fossem retirados os complementos da argumentação como um todo.

O *narrowest grounds*³⁴³ balizou as decisões nos pontos necessários para a resolução da demanda específica, mas não formulou de forma suficiente os princípios gerais e abrangentes para orientação de decisões futuras. É que a vinculação dos votos a uma premissa em comum é um tipo de raciocínio que parte do geral para o singular. Isto significa que uma racionalidade que formula um princípio geral para um voto adequado a fatos particulares pactua com o princípio geral, e somente assim se pode ter a efetiva e consistente *ratio decidendi*.

Mitidiero³⁴⁴ defende que a função da Corte de Precedentes é de conjunção, aprimoramento do trabalho do legislador, da doutrina e de atribuição de unidade ao direito, de modo a evitar decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário. O *stare decisis*³⁴⁵ é, pois, a fórmula processual para que essa tarefa seja aperfeiçoada: em

³⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 224.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas:** precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73.

³⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

³⁴⁵ O termo significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”, sinônimo de doutrina do precedente ou *binding precedent*.

resumo, essa técnica processual vincula tanto o próprio Tribunal a decisões futuras, como os tribunais e juízes de primeira instância.

Conforme afirmam Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello³⁴⁶, há três modos de eficácia dos precedentes. O primeiro é a eficácia meramente persuasiva, já conhecida e presente no ordenamento brasileiro. Esse tipo de precedente gera efeito somente nas partes litigantes e nos processos em que são produzidos. Essa modalidade de precedente é importante para a interpretação do direito, para a fundamentação e o convencimento dos juízes; provê criatividade ao legislador e sua repetição tem a aptidão para formar a jurisprudência consolidada dos tribunais. Entretanto, consubstancia-se em fonte secundária do direito.

Em sentido oposto, está o precedente com eficácia normativa forte, ou seja, aquele que corresponde aos julgados e às manifestações de voto nos quais há obrigatoriedade da observação pelos demais magistrados da orientação ali fixada, o que habilita a reclamação em caso de seu descumprimento. Onde o sistema é *common law*, a reclamação é indispensável para que a eficácia normativa seja obedecida e respeitada pelos magistrados. A premissa encontra-se no respeito ao *binding precedents* e na tradição judicante. Ocorre que a experiência demonstrou que isso não acontece na realidade jurisdicional brasileira, uma vez que não há tal tradição, seja pelos juízes, seja pelos próprios advogados, de maneira que a reclamação é fundamental para que os precedentes sejam respeitados e tenham sua eficácia preservada.

A tradição, no Brasil, caminha em sentido contrário ao da incorporação dos precedentes com força normativa, uma vez que esse modelo colide com o princípio do livre convencimento dos magistrados. Em verdade, uma crítica que pode ser feita à utilização e subordinação aos precedentes, pois limitaria a criatividade jurisdicional. Por isso a possibilidade de se falar em eficácia normativa forte limita-se aos casos em que é cabível a reclamação na realidade brasileira.

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set., 2016, p. 20-22.

Existe, também, a eficácia intermediária. As decisões nesse caso não têm somente a eficácia persuasiva conforme ditame previsto em lei. Também não têm a eficácia forte, porquanto não permitem, por exemplo, reclamação quando desrespeitadas. Em razão disso, consiste em uma categoria *sui generis*, residual, que comporta decisões com eficácia heterogênea e produz efeitos impositivos em diferentes graduações. A eficácia normativa forte tem inúmeros exemplos, tais como as súmulas vinculantes, julgados em controle concentrado, os acórdãos com repercussão geral, ou, ainda, em recursos repetitivos, as orientações advindas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. A falta de observância de tais precedentes acarreta a cassação do ato judicial que contra eles conflite, por intermédio da reclamação a ser proposta na Corte que o profira, consoante dispõe o artigo 988 do Código de Processo Civil.

Nada obstante, em avaliação do funcionamento do instituto da repercussão geral, há quem diga que a falta de firmeza com que o Supremo tem avaliado a sua existência, ou seja, selecionado as questões que tenham importantes desdobramentos do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que perpassem os interesses subjetivos dos envolvidos na relação triangular processual, acarreta o julgamento de diversas discussões não tão importantes, as quais deveriam ser apreciadas pelos tribunais inferiores³⁴⁷. Luís Roberto Barroso atribuiu essa crítica ao número de recursos com repercussão geral eleitos na seara do direito tributário, pois, segundo ele, há mais questões pendentes de julgamento do que pode e deve ser suportado pela Corte.

Não há dúvida sobre a edição de súmula vinculante ser exercício de criação judicial do direito, isto é, de edição de normas gerais e abstratas dotadas de eficácia plena e vinculante, com exceção em relação ao Legislativo e ao próprio Supremo que está apto a revisá-las ou a cancelá-las, conforme estabelece a lei. A aplicação dessas súmulas³⁴⁸ traz interpretações, igualmente à aplicação de quaisquer outras normas. Assim sendo, a despeito das finalidades e dos benefícios da racionalização

³⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 313.

³⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

do sistema normativo, fala-se na atribuição de significativo ao poder do Supremo para propor complementação e esclarecimento de normas de natureza evidentemente legiferante, que vinculem o Estado-administração às demais instâncias judiciais e à sociedade³⁴⁹. A criação de lei é realidade, apesar de merecer críticas. Outro exemplo de visível marca ativista da Corte está impresso na Constituição de 1988: o exercício do controle material de emenda constitucional. O Supremo sempre apresentou interesse descomunal em declarar inconstitucionais as decisões do constituinte derivado, promovendo uma exegese expansiva das “cláusulas pétreas”, elencadas na Carta.

Além dos aspectos positivos da adoção do sistema de precedentes, algumas críticas são apresentadas contra ele. Por exemplo, de acordo com as novas regras do Código de Processo Civil no Brasil, há a possibilidade de sobrestamento de inúmeros processos em segundo grau que esperam há anos por um posicionamento do tribunal, quando determinado tema é afetado com a repercussão geral.

Do ponto de vista da teoria do precedente, as súmulas nunca conseguiram acrescentar unidade ao direito, de fato. Sua origem vem de uma compreensão falha de um sistema em que as decisões têm efeito obrigatório, ou a partir de axiomas para definição da uniformidade interpretativa. Um simples enunciado ou conclusão interpretativa não poderá jamais prestar as suas razões de decidir aos juízes em casos futuros, já que elas resultam de julgados iguais e não necessariamente de fundamentos para decisões similares³⁵⁰.

Em paralelo ao desenvolvimento da ideia de precedente, emerge o ideal do juiz como “boca da lei”, ou seja, aquele que deve apenas reproduzir o texto produzido pelo legislador. Em outros termos, a norma geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo representa a vontade geral e abstrata do povo, devidamente representado pelos parlamentares³⁵¹.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 26.

³⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

Os dois modelos interpenetram-se. De um lado, mantêm a deferência à lei oriunda da manifestação da vontade do legislador, mas, de outro, nota-se a insuficiência do texto para solucionar as demandas, e compreende-se o precedente como parte integrativa do direito. O direito, portanto, é produzido por intermédio da interpretação e da argumentação, sendo que, para alcançar esse grau, o precedente deve ser universalizável e justificável³⁵².

Essa concepção é um instrumento para conferir maior certeza e previsibilidade ao direito. A resposta do processo em termos de hermenêutica, por intermédio da justificação, exige fundamentação para embasar a decisão, apresentando um discurso à sociedade em geral, diminuindo os equívocos e capacitando a decisão para determinar qual a interpretação mais adequada a atribuir à norma. Partindo da justificação, inaugura-se a oportunidade para vetorizar condutas de uma maneira geral³⁵³.

A justificação das decisões pode ser realizada no momento em que haja compartilhamento de tarefas políticas entre legislador e juízes, devendo haver a preocupação com a justiça das decisões e a conferência de unidade à ordem jurídica por intermédio de precedentes. A justificação, igualmente, pode ser melhor formatada quando o intérprete tem à sua disposição a maior quantidade de material possível para a tomada de sua decisão³⁵⁴.

Os elementos que interferem na aplicação do direito pelo juiz são aqueles fatos da vida, a compreensão desses fatos, os mandamentos da moral e a leitura dos fatos a partir dessa ótica, a abertura de oportunidades políticas, as vivências do juiz, além das disposições jurídicas do ordenamento jurídico ou da realidade legal-normativa³⁵⁵.

Assim, as decisões das Cortes Supremas devem, necessariamente, trazer precedentes que imprimam obrigatoriedade de observância ao seu conteúdo. Isso

³⁵² *Ibidem*, p. 54.

³⁵³ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 75, p. 171.

³⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

³⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 224.

significa dizer que as decisões tutelam a igualdade e a liberdade perante o direito nos tribunais, em vez de garantir a unicidade do direito objetivo no país³⁵⁶.

É nesse ponto que o processo judicial brasileiro no STF merece algumas considerações. Primeiramente, a referência a textos produzidos no ambiente acadêmico, dogmaticamente, não necessariamente representa a decisão mais bem justificada. O material a que se refere a justificação deve levar em conta os estudos de impacto da tributação na renda e no consumo. Sem esse estudo, não se pode medir a capacidade contributiva, por exemplo, que consiste na ferramenta de medida da justiça democrática do tributo.

Sendo o direito indeterminado, principalmente quando descrito na norma textual, a tarefa do juiz consiste no emprego de carga valorativa e do teste de aplicação do direito para dimensionar a reconstrução dos significados atribuídos aos termos constantes nos textos³⁵⁷.

Essa teoria dos precedentes procura suprir a plurissignificância própria das palavras. Em verdade, as palavras não são unívocas, dotadas de apenas um sentido, e, por essa razão, não produzem apenas um significado, mas, ao contrário, é possível extrair uma série de sentidos e significados dos textos. Ainda com a determinação dos sentidos dos vocábulos referenciados no texto, não é possível dimensionar, na elaboração do texto, as circunstâncias que ensejarão a aplicação da lei. São esses aspectos que caracterizam a dupla indeterminação do direito³⁵⁸.

É importante consignar que a indeterminação do texto não significa, necessariamente, má elaboração das normas, mas, sim, impossibilidade de o legislador prever as situações e os possíveis conflitos de aplicação da norma no

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 13.

³⁵⁷ “Dada a indeterminação do direito, a interpretação realizada pelas cortes judiciais (a chamada *operative interpretation*), especialmente pelas cortes supremas (vale dizer, tem de contar com uma *rational reconstruction* dos significados normativos) esta frase está incompleta. E se essa interpretação realizada pelas cortes supremas efetivamente colabora para determinação do significado do direito em um dado contexto, então é necessário analisar qual é a força vinculante dessa decisão para casos futuros e de que modo essa força opera”. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Rodrigo Führ de. **O contraditório e a motivação no processo civil**: do cognitivismo da persuasão à vinculação. Monografia de conclusão de curso apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2013, p. 25-26.

tempo e no espaço, isto atrelado ao fato de que há diversas concepções acerca dos conceitos jurídicos presentes no texto.

E se a norma jurídica resulta da interpretação pela indeterminação inerente à linguagem, é fundamental levar em consideração não apenas os textos legislativos, mas a atividade judicante que, com força vinculante, traz elementos complementares ao texto. Aí reside a importância do controle da formação dos precedentes. O caráter adscrito do precedente diz respeito à outorga de sentido a textos e demais enunciados normativos para que o juiz possa proferir uma decisão justa e passível de atribuir unidade ao direito³⁵⁹. A interpretação, por essa série de elementos, não consiste em ato lógico, mas, sim, em processo de atribuição de valor ao texto, além do incremento do seu sentido com a consequência factual obtida com a aplicação do comando normativo.

As decisões emanadas dos tribunais passam a integrar a ordem jurídica e, então, passam a constituir o direito, direcionando e orientando a vida social e influenciando os julgados dos juízes e tribunais. É por isso que os fundamentos para decidir, devem ser consistentes o suficiente para influenciar o resultado ou o julgamento.

A indeterminação da linguagem, principalmente aquela usada no texto constitucional, faz com que as cortes tenham de se pronunciar sobre o sentido dos termos³⁶⁰. É que a ambiguidade do texto decorrente da pluralidade de sentidos disseminados na comunidade acerca dos valores faz com que a tarefa judicante tenha de revisitar o conteúdo das palavras empregadas na literalidade textual da Constituição Federal. Um dos exemplos citados para ilustrar essa abrangência semântica e a tarefa do juiz de sintetizar o contexto principiológico na norma diz respeito ao princípio da igualdade: a Constituição não traz minudentemente os critérios da igualdade, apenas apresenta os conceitos de forma abstrata. Certamente que os conceitos dessa ordem devem estar relacionados no campo.

³⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

³⁶⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 34.

A Corte de Justiça passa a ter dois tipos de controle, quais sejam, o retrospectivo, atinente à tomada de decisão em causas decididas em primeira instância e a uniformização da jurisprudência, enquanto que as Cortes de precedentes estão incumbidas de conferir interpretação e unidade ao direito³⁶¹. No momento judicante das Cortes de Justiça, a tarefa consiste em interpretar textos e elementos não textuais, mas decorrentes do texto. Já as Cortes de Precedentes atribuem interpretação prospectiva, o segundo tipo de controle, e unidade ao direito, por meio do que estabelece orientação às decisões futuras das Cortes de Justiça, dos juízes de primeiro grau, da Administração Pública e ao comportamento de toda a sociedade civil.

3.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE DE PRECEDENTES: A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A COMPLEMENTAÇÃO DA LEI A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO IMPLEMENTADA PELA CORTE

O diálogo próprio da separação dos poderes exige do Supremo Tribunal Federal duas preocupações importantes: a deferência institucional e a responsividade. A deferência³⁶² a ser observada pelo Supremo Tribunal Federal está relacionada à habilidade de a Corte, ao decidir, levar em consideração todas as decisões e escolhas do legislador e do executivo a respeito da controvérsia travada. Se a função política do Supremo Tribunal Federal consiste na aplicação e defesa da Constituição Federal, no plano institucional, a autorreferência da Corte, órgão que dialoga com os demais poderes, na interpretação de determinado assunto aperfeiçoa a separação dos poderes. E isso porque não há preponderância de uma função em relação à outra, e os sentidos atribuídos aos direitos normatizados devem ser referenciados e levados em consideração pela Corte. Se a Corte vier a confrontar um determinado sentido atribuído por outro poder, atrairá para si o ônus argumentativo de refuta, sendo que somente após este exercício é que sua decisão poderá ser institucionalmente conformada à separação dos poderes.

Além de deferente, a decisão do Supremo deve ser responsiva. A

³⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

³⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. Ativismo judicial. *In Opinião*. São Paulo: Folha de São Paulo, sábado, 18 de março de 2017, B2.

responsividade da escolha jurisdicional diz respeito à tarefa de concretização dos direitos encartados nos diplomas normativos oficiais. No caso do STF, é a Constituição Federal de 1988.

Há propostas também de aumento da responsabilidade do Poder Judiciário, especialmente quando revisa as decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo, o que transformaria a atual estrutura de poder. Assim, não mais haveria o partidarismo ordinário nem a política legislativa, e o Judiciário encontraria sua vasta prática de censura. Ou se amplia a responsabilidade quando se permite que os juízes decidam sobre a moral, o que deve vir acompanhado de justificação amparada em contribuições da sociedade, ou se amplia a deferência aos demais fóruns de discussão pública, ou se afasta do tribunal a decisão sobre a moral. Retroceder a este tipo de discussão no Brasil parece inviável, pelo que o caminho mais prudente seria a Corte Constitucional observar o procedimento judicante para que seja mais democrático.

Tais elementos são basilares para a formação do precedente. Leandro Paulsen³⁶³ consigna que a não uniformização da jurisprudência afeta o princípio da isonomia, e a solução encontrada para essa questão, no ordenamento jurídico brasileiro foi a criação dos institutos da Repercussão Geral³⁶⁴ no Supremo Tribunal Federal e. Pontua que a matéria tributária tem grande vocação para casos com Repercussão Geral reconhecida. Isso se dá em razão do envolvimento de direitos individuais homogêneos em relações de massa, em que há evidente oportunidade de reconhecimento do instituto. O exercício do poder de decisão acerca da existência, ou não, de repercussão geral não implica em uma competência discricionária do Supremo Tribunal Federal. Ainda que se trate de um conceito

³⁶³ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **O Supremo de “portas abertas”**: a colegialidade em ação. Disponível em: <http://www.academia.edu/28562389/O_Supremo_de_portas_abertas_a_colegialidade_em_a%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁶⁴ “O instituto da repercussão geral objetiva a apreciação do recurso extraordinário e cria duas vantagens importantes: por um lado, garante efeito multiplicador das decisões de mérito, evitando que do STF tenha que despender energia, tempo, recursos materiais e humanos, apreciando controvérsias constitucionais repetidas vezes. [...] Na realidade, por meio da repercussão geral, desenvolveu-se um indispensável filtro para o STF selecionar as controvérsias constitucionais mais prementes, possibilitando a eleição de prioridades” (FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. *In Revista de Processo*. v.181, n. 9, mar/2010, São Paulo, p. 18).

indeterminado, o da repercussão geral, ele não induz juízo de discricionariedade. Para o autor, são aspectos técnicos inerentes a um conceito de experiência, que indicam a transcendência de interesses necessária ao reconhecimento da repercussão geral.

No cerne da incumbência da diminuição dos equívocos dos enunciados jurídicos, por meio da determinação do direito aplicável, o discurso da ordem jurídica outorgado ao Tribunal (Judiciário) é aquele referente ao precedente. Quando se nota que texto e norma não são a mesma coisa, é necessário propor a igualdade de respostas, e que a segurança jurídica terá mais alto escalão com a ratificação das diretrizes normativas, com base na justificação³⁶⁵. Assim, os precedentes permitem a atribuição de unidade ao direito³⁶⁶.

É importante contextualizar e recuperar algumas perspectivas apresentadas, apenas para justificar a proposta lançada neste trabalho de atuação do Supremo Tribunal Federal.

A codificação do direito no Brasil, influenciada pela perspectiva europeia, contribuiu para mudanças na sua concepção e formação. Ao mesmo tempo em que proporciona segurança e aparente precisão de seu sentido, fortalece a consciência política dos limites de edição das regras sociais. O aumento do número de regras, do mesmo modo, enseja o aparecimento da hierarquia: o Direito, até então regido basicamente pelos costumes, passa a relevar as regras escritas, corolário do desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Esta nova realidade estabelece duas novas condicionantes de natureza política e técnico-jurídica: “quanto às primeiras, assinale-se a noção de soberania nacional e o princípio da separação dos poderes; quanto às segundas, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito e a concepção do direito como sistema de normas”³⁶⁷.

³⁶⁵ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

³⁶⁶ SIMON, Karla. *Congress and taxes: a separation of powers analysis*. In **University of Miami Law Review**. 1005, 1991. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umlr/vol45/iss5/4>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

³⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 72-73.

O estabelecimento de regras escritas compõe o sistema jurídico e serve, do mesmo modo, para definir e limitar a liberdade dos indivíduos. John Rawls³⁶⁸, por exemplo, ao discorrer sobre sua “Teoria de Justiça”, o faz por meio da descrição do ideal comunitário existente quando da consolidação das leis escritas (as normas públicas): de fato, as leis, quando escritas e promulgadas, presumem-se conhecidas, e o seu significado, claro o suficiente para que o indivíduo saiba como deve se comportar.

A concepção do direito natural estabelece que os juízos de valor consistem em instrumentos de compressão do direito por influenciarem a tomada de posição frente a uma dada realidade³⁶⁹ e o seu sentido é constituído por padrões éticos contidos em princípios reconhecidos pela razão.

A primazia do justo sobre o bem é dividida em dois postulados: uma interpretação da situação original com a formulação dos vários princípios disponíveis para escolha; e um argumento comprobatório da adoção de alguns desses princípios. De fato, a avaliação da possível “proximidade entre a justiça formal, aqui entendida como o produto das decisões do Poder Judiciário, e a justiça substantiva depende da análise dos contornos dos princípios de justiça”³⁷⁰.

A primazia do justo é aplicável mesmo contra a lei escrita, quando diante de crenças não aceitáveis em democracias liberais; “tal cerceamento é uma espécie de

³⁶⁸ “[...] se, por exemplo, as leis não forem claras em suas injunções e proibições, o cidadão não saberá como se comportar. Além disso, embora possa haver ocasionalmente normas confiscatórias ou retroativas, elas não podem constituir características comuns ou típicas do sistema, caso contrário conclui-se que ele tem outro propósito. Um tirano pode mudar uma lei sem aviso prévio, e conseqüentemente punir (se é que essa é a palavra correta) seus súditos, porque sente prazer em ver quanto tempo eles levam para descobrir, mediante a observação das penalidades que lhes são infringidas, quais são as novas regras. Essas regras, porém, não constituiriam um sistema jurídico, uma vez que não serviriam para organizar o comportamento social por meio do fornecimento de uma base para expectativas legítimas”. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 260-261).

³⁶⁹ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A justiça platônica a partir de Kelsen perante o tribunal da ciência. *In*: LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça**: análise de teorias contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3.

³⁷⁰ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Justiça como equidade: a contribuição de Rawls. *In*: LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça**: análise de teorias contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 24.

bem, nominado ‘bem da justiça’, cujo propósito político é de compartilhamento a toda evidência”³⁷¹.

Esse discurso de justiça embasa a atuação do Judiciário. Outra perspectiva de justiça é a da igualdade ou da liberdade em sociedade, concebida como justiça distributiva. Ela pressupõe comunidade em que as distribuições ocorram entre pessoas comprometidas com a divisão, intercâmbio e partilha de bens sociais³⁷². Sob essa perspectiva, a instância decisória democraticamente constituída é a via, o método, o conjunto de regras do jogo que estabelecem como devem ser tomadas as decisões coletivas e não quais decisões coletivas devem ser tomadas³⁷³.

No entanto, não se afasta a lei positiva, mas é necessário incorporar a justificação moral como forma de legitimidade da sua aplicação. Robert Alexy³⁷⁴ afirma que a lei escrita é necessária por razões morais, pois se a afastássemos, também vulneradas estariam a segurança e a eficiência legal: no entanto, a moralidade é essencial para a sua validade.

A mesma importância à lei em sentido estrito é atribuída por Luis Fernando Barzotto quando analisa o direito natural. Para ele, é sempre necessário o exame contextual e histórico dos direitos humanos, cujo papel é fundante nesta perspectiva jurídica³⁷⁵. Os *standards* morais funcionam para promover a abertura da discussão sobre um problema jurídico, mas não podem, no processo decisório, ser considerados como os únicos a impactar a decisão. Tão destituída de legitimidade como o uso simples e literal da lei é a invocação pura e simples dos princípios e bases morais.

Dimitri Dimoulis³⁷⁶ assinala que é impossível encerrar a diferença entre as pretensões normativas e a atuação empregada pelo intérprete da norma. Assim, a

³⁷¹ *Ibidem*, p. 40.

³⁷² WALZER, Michael. **As esferas da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2003, p. 39.

³⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 426.

³⁷⁴ WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma, a. 4, v. 16, out.dez. 2003. p.319-320.

³⁷⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

³⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 227.

interpretação jurídica pode atribuir “sentido a uma disposição jurídica mediante a formulação de propostas que correspondam ao sentido dessa disposição”³⁷⁷.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior³⁷⁸ afirma que a lei é o vetor do pensamento do jurista frente aos problemas comportamentais. Diz ainda que o jurista deve pensar a partir da lei, consoante a lei, para além da lei, porém, jamais contra a lei. Essa afirmação faz sentido considerando que a lei reproduza a vontade consensual, pressupondo a ampla participação do cidadão e a responsividade da decisão pública com base nos postulados democráticos. A razão pela qual se declara a inconstitucionalidade de uma lei é justamente quando ela diverge do conteúdo formal ou material já pactuado e revelado publicamente.

No entanto, como já visto no capítulo dois sobre as críticas ao ativismo judicial, a representação popular é tão importante para as escolhas que não seria exagerado afirmar que, se os juízes fossem nomeados apenas por suas qualidades judiciais, sem considerar suas atitudes e reflexões sobre políticas públicas, a Suprema Corte não poderia, por exemplo, desempenhar o papel influente que tem no sistema político americano³⁷⁹.

Para justificar e defender a ideia do respeito à lei, a posição adotada pelo pragmatismo jurídico-político é que a deferência ao que o legislador edita não se dá pela superioridade axiológica em relação aos aplicadores da lei, os juízes, sequer porque simplesmente as regras editadas legislativamente sejam a fiel expressão da vontade do povo (democracia). Não. A deferência aos textos se dá justamente pela premissa de que o estado de direito é dotado de regras que merecem ser, no mínimo, examinadas e consideradas em todo e qualquer processo decisório³⁸⁰.

Os cidadãos devem ser considerados como sujeitos ativos participantes da comunidade e essa inserção deve ser levada em conta pelo julgador no momento da tomada de sua decisão. Os juízes, pois, devem se reportar à comunidade para o

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 231.

³⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 48.

³⁷⁹ DAHL, Robert. *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. In **Journal of Public Law**, Yale, n. 1, 1957, p. 285.

³⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 255.

estabelecimento de suas decisões, as quais seriam coerentemente imbricadas com a justiça e a equidade³⁸¹. Foi neste aspecto que o tópico anterior se debruçou quando reverenciou a participação da sociedade na formação dos precedentes pelo STF.

O direito é indissociável da moral contemporânea, sendo mais importante a adequação do julgado aos postulados morais do que, necessariamente, aos ideais de justiça da época em que editadas as leis. Para afirmar isto, Dworkin consigna que o agir judicial deve aproximar-se do ato de dar continuidade a um romance já iniciado por outros autores: é fundamental que haja coerência com os textos anteriores e que se crie um ambiente para que o livro seja concluído da melhor forma para ser compreendido no futuro³⁸².

A legalidade não basta, pois, para a tomada da decisão, sendo imprescindível a justificação e a contextualização do problema jurídico a partir da moral, nos planos dogmático e axiológico. A justiça em comunidade decorre da tomada de decisões levada a efeito por seus membros, as quais têm supedâneo na forma moral dos valores eleitos como fundantes da vida harmoniosa em sociedade. A aplicação da lei pelo juiz não pode se dar com mera remissão ao texto legal, mas deve se ater ao conjunto de princípios compartilhados pela comunidade. E esses princípios devem ser lidos a partir do projeto político constitucional: moral coletiva e contexto histórico no qual esteja situada a controvérsia³⁸³. A justiça não pode ser vista a partir de uma perspectiva individual, mas, sim, de modo contextualizado e relacionado com o corpo político: “se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria”³⁸⁴.

O papel do Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável, em última ou

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 270.

³⁸² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 241.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 304-305.

única instância³⁸⁵, a depender da matéria, pela explicitação do conteúdo das normas e da aplicação de leis questionadas e confrontadas com a Constituição Federal. É por isso que o STF não atua apenas como legislador negativo, mas como virtuoso delegado de autoridade para realizar políticas públicas³⁸⁶.

Mangabeira Unger possui argumento contrário ao “depósito” dos problemas públicos no Judiciário, mas reconhece que “melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Eles podem ser os únicos agentes dispostos”³⁸⁷.

Compete aos juristas colocar o seu conhecimento jurídico a serviço da construção de instituições que habilitem o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua efetiva e direta participação. As distorções na concretização da especialização funcional demandada pela separação dos poderes devem ser combatidas e o judiciário deve permitir e fortalecer a arena pública.

Há quem procure minimizar os efeitos do ativismo do Supremo Tribunal Federal (tema abordado no capítulo 2, item 2.2.2). A primeira das dimensões destas propostas é a metodológica, segundo a qual a exegese e a aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos descritos no texto constitucional se torna possível. Além disso, essa dimensão também é verificada na elaboração judicial do direito infraconstitucional por intermédio de técnicas hermenêuticas conformes à Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto, bem como nas hipóteses de controle das omissões legislativas inconstitucionais e nas decisões maximalistas. Outra dimensão do ativismo judicial é a processual, sendo que diversos aspectos atinentes à amplificação da jurisdição constitucional, do caráter útil e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões contribuíram significativamente para o protagonismo judicial.

³⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

³⁸⁶ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In AVELAR, Lúcio; CINTRA, Antonio Octavio (org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 48.

³⁸⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 147.

E isso porque o ativismo judicial pode implicar em inexorável interferência do Supremo Tribunal Federal nas decisões dos outros poderes e pode ser colocado como falta de deferência legal ou epistêmica, tomando-lhes o espaço de atuação. Este ponto merece destaque e é foco de discussão no presente texto. A dimensão de direitos diz que o Supremo Tribunal Federal funciona como espaço público apto a permitir a liberdade, a dignidade e a igualdade social diante dos poderes públicos, e diminuir os limites de atuação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado ou, também, interferir em ações de tutela estatal e em escolhas de políticas³⁸⁸.

A busca pela interpretação objetivamente correta parte da adoção de pressupostos objetivamente corretos. A esse respeito, Dimitri Dimoulis³⁸⁹ enaltece a função da lei ao afirmar que, por mais significados que um determinado termo empregado no texto tenha, ainda é o melhor instrumento para abstrair a subjetividade e o tratamento diferente a cada indivíduo. Isso não significa cegueira em relação a raciocinar com princípios, mas que o texto genérico não pode ser desconsiderado em nenhuma hipótese simplesmente porque um determinado interlocutor o repute contrário a uma determinada perspectiva moral sobre um direito.

São essas demandas de vazios que configurem os casos difíceis. Assim, casos difíceis não são aqueles em que a regra aplicável tem duplo ou múltiplos sentidos, ou aqueles para os quais não haja norma aplicável explicitamente, mas aqueles para os quais a legislação tem uma resposta evidente que, contudo, torna-se inapropriada em função de alguma valoração, situação em que o intérprete tem que argumentar contra a legislação³⁹⁰.

Para deixar de aplicar o texto, o juiz tem se valido do uso constante da proporcionalidade e da razoabilidade. As duas bases parecem estar “banalizadas, a ponto de se pretender aplicá-las não exclusivamente na fase da definição de cada

³⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 279.

³⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 244.

³⁹⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org). **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p 87.

norma de decisão, mas no primeiro momento de interpretação/aplicação do direito, o da produção das normas jurídicas gerais”³⁹¹.

Outro aspecto crítico relaciona-se à própria compreensão dos fatos pelo juiz, que pode ser diversa da de outro profissional porque as lentes do direito não o fazem enxergar o problema de outra perspectiva. Muitas vezes, assuntos e polêmicas não resolvidas nos ambientes da saúde, da psicologia ou da economia são judicializados, e os juízes precisam decidir sobre aquilo que não foi resolvido na outra área de conhecimento. Estuda-se a história do direito, mas não é explicado como a história é contada e escrita – a história apenas tenta ser objetiva, mas é contada por homens que, por sua natureza limitada, não podem ser isentos e objetivos. Da mesma forma, estuda-se a filosofia do direito, mas não há avanços concernentes à história das ideias jurídicas, o que reflete o problema do ensino da história do direito e a questão da filosofia em si: não existe verdade porque não existem fatos; existe interpretação dos fatos (e estruturas lógicas) que é feita por homens incapazes de prever todas as variáveis de uma equação cujo elemento é o próprio homem. Assim, o Direito, diante de uma equação infinita, impõe sua força e decide como tudo deve ser. Por isso Mangabeira³⁹², questionando a capacidade do magistrado para resolver as pretensões, diz que existe uma busca por um especialista em generalidades.

A imparcialidade do juiz seria um outro fundamento que justifica o avanço em questões abertas quando comparado aos demais poderes, porque os parlamentares e os representantes do executivo são eleitos diretamente (ou proporcionalmente) pelo povo. Por isso, há quem diga que os juízes são menos pressionados diretamente pelos eleitores, o que garantiria o distanciamento necessário para decidir sobre as questões de carga valorativa intensa³⁹³. Essa afirmativa deve ser contestada com base em duas considerações relevantes: a primeira é que os juízes, sim, podem sofrer pressão da sociedade, como no caso brasileiro, em que as

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 135.

³⁹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 70.

³⁹³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 75.

sessões são televisionadas e os Ministros do STF são cada vez mais conhecidos pelos jurisdicionados; a segunda é que o conteúdo dos princípios inseridos na Constituição, não podem ser manifestados apenas pelos juízes, na medida em que há uma pluralidade de significados atribuídos a ele.

O legislativo pode ter aspectos questionáveis quanto à legitimidade, mas isso não faz com que o judiciário, de outro lado, seja inabalável. Até mesmo porque não se pode pensar que a sociedade tenha tomado a decisão de estabelecer o sufrágio, e simplesmente, desconsiderar toda a produção legislativa ali produzida. Assim como se deve questionar o legislativo, o judiciário também merece ser tensionado à luz dos mesmos pontos de reflexão.

A deficiência democrática no legislativo gerou uma aparência falsa de que a sociedade encontrou o modelo perfeito de instituição que expressa a justiça (judiciário), e que esse modelo pode ser reproduzido em todos os cantos do mundo. Essa premissa é falsa. A história deve continuar sendo escrita, buscando-se sempre novas experiências e o novo perfeito, sabendo-se que jamais o encontrarão, o que justifica e intensifica a sua eterna busca³⁹⁴.

Para remediar os problemas apresentados pelo protagonismo não deferente, alguns raciocínios são possíveis. O primeiro é o de que o Judiciário tem a possibilidade de examinar a observância dos procedimentos democráticos, como o processo de representação, a participação do cidadão na formação do debate público, bem como o estabelecimento de consenso nos fóruns de deliberação em que tenha havido alguma manifestação sobre o problema a ser decidido. O segundo é a reunião dos pontos de vista da maioria e da minoria.

Por outro lado, é sempre relevante pontuar que o fato de o juiz não ter legitimidade para aplicar diretamente sua compreensão sobre moral não significa que ele vai desconsiderá-la. Em referência a Jürgen Habermas³⁹⁵, o direito não é um sistema fechado narcisicamente em si, mas deve ser nutrido pela ética democrática.

³⁹⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 20.

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed, v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 323.

O que é necessário nessa aplicação jurisdicional é a participação do indivíduo no processo decisório. Isso significa que a atuação do juiz em temas extrajurídicos é justificável e desejável, desde que, e somente se, haja modo de realizar o processo democrático de colheita de opiniões diretamente dos afetados pela decisão a ser tomada.

Essa perspectiva se coaduna com a ideia de que os juristas deixem de considerar o direito como algo metafísico e partam para a formulação das regras e dos princípios adequados às pretensões da sociedade. A essa concepção de que o direito teria o condão de satisfazer todas as pretensões Mangabeira Unger dá o nome de “fetichismo institucional”. Segundo ele são aceitos conceitos institucionais abstratos, como por exemplo, interesse público, sem densificá-los, nem atribuir-lhes sentido e significado³⁹⁶.

O Tribunal, nessa seara, revela-se independente na medida em que se substitui o profissionalismo do juiz pela sua legitimidade política, sem que isso resulte em “ativismo judicial”, na acepção individualista e heroica. O direito democrático resultaria de práticas da sociedade e não de ideias abstratas.

Jürgen Habermas³⁹⁷ enfrenta o problema do ativismo sob a ótica da democratização do procedimento judicante. O debate sobre passividade ou ativismo jurisdicional deixa de ser importante sob a ótica da teoria do discurso, já que o seu propósito é o de precaver-se para que continuem imaculados os canais para o procedimento inclusivo de formação de opinião e da vontade, por meio do qual um grupo jurídico-democrático se estrutura.

Nesse aspecto, mostra-se pertinente trazer à baila a crítica de Arnaldo Godoy³⁹⁸ sobre o direito constitucional no Brasil frente ao adotado nos Estados Unidos: de forma um pouco diferente do que ocorre no Brasil, em que há

³⁹⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22.

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 326.

³⁹⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 88.

pulverização de conceitos enciclopédicos ou escolásticos, a tradição norte-americana procura reconhecer a história constitucional a partir da prática. E isso é refletido no modo como o juiz enfrenta os problemas e as controvérsias de caráter constitucional, rogando-se legitimado, portanto, a dizer o direito sem fazer contextualização e alinhamento com os demais poderes.

A atuação protegida por um tribunal constitucional é aquela garantidora do cumprimento de premissas de validade que promoverão a escolha do melhor argumento sem qualquer coação externa, servindo para proteger o “mundo da vida” de moções colonizadoras, de sistemas controlados por uma razão instrumental.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, em decisões acerca do esclarecimento do conteúdo jurídico de regras e princípios constitucionais, deverá se ater à complementariedade do processo democrático. Isto pela abertura da discussão aos interessados (sem restrição) para a tomada de sua decisão ou de declarar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo ou atribuir interpretação conforme à Constituição, rechaçando a possibilidade de uma dada interpretação que se revele contrária ao comando constitucional, determinando ao Congresso Nacional que edite o texto legal após o devido emprego democrático.

Há que se evitar a declaração de inconstitucionalidade diretamente de um determinado sentido material de um termo. Esse procedimento se legitima quando e somente na hipótese em que já tenha havido abertura democrática nas esferas do Executivo e do Legislativo. A demonstração dessa análise, por exemplo, deve levar em conta a apresentação do processo legislativo, a forma como se opera a discussão, a participação dos setores afetados com a legislação. A afirmação pura e simples da incompatibilidade de determinada regra com o texto constitucional, principalmente quando este texto é dotado de alta carga valorativa, é antidemocrática (não contramajoritária).

Em verdade, a decisão contramajoritária seria viabilizada quando houvesse debate público, mas a decisão da maioria derruba ou cala a minoria. É que há receio de que os juízes imponham seus próprios valores ao decidirem sobre questões morais, e isso é justamente o que se pretende evitar com o estabelecimento do estado democrático de direito.

A Corte, quando se torna formadora de precedentes, afasta-se da ideia do juiz herói ou aplicador direto de princípios para lançar-se ao diálogo com os poderes e com sua própria jurisprudência, além de abrir-se, por certo, à manifestação direta da sociedade. Sobre a defesa do recebimento direto de demandas da sociedade, é importante lembrar que a justificação assenta-se no fato de que o juiz ativista não se reconhece como ilegítimo, mas, sim, como cumpridor do que a Constituição preconiza, inclusive para temas com ampla carga semântica e não carregados de significado pelo legislador. No entanto, este juiz se enxerga como único habilitado a manifestar o direito, o que obstrui a função das outras instâncias decisórias, enfraquecendo a democracia, além de não haver qualquer mecanismo de demonstração da legitimidade da decisão tomada pelo juiz herói.

Por isso, para o equilíbrio entre a necessidade de um judiciário responsivo à sociedade, mas, ao mesmo tempo, deferente aos enunciados normativos, é necessário fixar algumas diretrizes.

O Tribunal pode adotar uma postura expansiva de poder político-normativo, o que não significa que vá “corrigir” o objeto da legislação: deve, ao contrário, colaborar com os demais poderes. Essa expansão de poder pode ser legítima ou ilegítima: será legítima quando houver diálogo e o Tribunal se municiar de elementos extrajurídicos e interpretá-los adequadamente para que possa avançar em temas como a política e a economia; será ilegítima quando o Tribunal simplesmente desconsiderar as demais manifestações emanadas dos poderes sobre assunto a ele submetido em forma de controvérsia, bem como sua própria jurisprudência para aplicar a forma como “pensa”, sem promover o diálogo. Permite ao Tribunal, por outro lado, que se valha da análise do objetivo da lei, do processo legislativo, das manifestações contextuais ao enunciado normativo, para amoldar o problema ao contexto social, sendo que, para isso, é necessário que estabeleça razões que identifiquem os elementos para a tomada de sua decisão.

Esta é a missão do Supremo Tribunal Federal na formação de precedentes: ele se abre à sociedade, sendo responsivo, permite a participação, de forma organizada e traduzida para o direito, dos que serão afetados com a decisão a ser tomada, examina os processos legislativos e os elementos levados em consideração pelo executivo e pelo legislativo na tomada de decisão, sendo que poderá devolver a

questão a essas instâncias, caso detecte fragilidade na formação do consenso; caso o STF possua os elementos necessários para se pronunciar a respeito dos elementos extrajurídicos, poderá tomar a decisão, e assim completar o sentido dos enunciados normativos, ainda que isso implique em declaração de inconstitucionalidade. É assim que o STF complementa o sentido das leis, esclarece o que se pretende e o que se espera das decisões públicas, devendo se preocupar, igualmente, com o tratamento igualitário, coerente e consistente.

Passa-se, agora, à análise dos princípios tributários materiais que propiciam a reflexão pelo STF da constitucionalidade das leis, dos dispositivos e das interpretações a ele submetidas.

CAPÍTULO 4 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os princípios são importantes como os vetores axiológicos do ordenamento jurídico pois indicam caminhos e posições a serem adotadas pelos aplicadores do direito, bem como qualificam as normas para o estabelecimento de outras regras³⁹⁹.

Renato Becho, por exemplo, parte do pressuposto da viabilidade de atribuição de objetividade aos princípios para confirmar a juridicidade dos princípios tributários. Igualmente, Roque Carrazza⁴⁰⁰ consigna a relevância dos princípios tributários para moldar, interferir e, até mesmo, antecipar as leis tributárias. Chama-se de princípio, nesse contexto, a garantia que está elencada na Constituição para balizar e conferir fundamento de validade. É com base neste conceito que se diz que os princípios tributários, leia-se, o conjunto de garantias estabelecidas na Constituição Federal, devem ter prevalência sobre qualquer lei, na medida em que representam a base mínima da relação.

Os princípios constitucionais, nessa perspectiva, significam normas qualificadas de conteúdo aglutinativo e indicam a forma de aplicação das leis e o modo de ajuste e combinação. Também estruturam o ordenamento jurídico e permitem a construção de regras levando em conta situações concretas apresentadas ao juiz⁴⁰¹. Os princípios seriam elementos de coesão entre as regras, podendo ser expressos ou implícitos⁴⁰².

Diferentemente dessa percepção dos princípios, a ideia de princípio considerada neste trabalho é o conjunto valorativo que toma as regras como normas descritivas, com função de decisão e universalidade, e os princípios, também considerados normas, complementam a regra, permitem a abertura reflexiva, sendo

³⁹⁹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 323.

⁴⁰⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 44.

⁴⁰¹ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015, p. 127.

⁴⁰² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

que a aplicação se alinha à avaliação do estado de coisas em comparação com o objetivo da intervenção estatal.

Os princípios jurídicos abrem e incrementam os argumentos a embasar o processo decisório, mas são as regras que permitem o fechamento da argumentação e atribuem segurança e tratamento isonômico perante o direito. O Sistema Tributário Nacional deve interagir com todo o texto constitucional e com os princípios; nessa linha, podem ser categorizados como formais e materiais⁴⁰³. Por formais, consideram-se as limitações procedimentais ao exercício do poder de tributar as que indicam o procedimento e a forma da alteração normativa, enquanto que as materiais seriam as que restringem o conteúdo dessas normas resultantes dos processos legislativo e executivo.

Com base nesta conceituação, não são todas as disposições constitucionais elencadas no Sistema Tributário Nacional que representam os princípios, no sentido aqui considerado, que permitem a reflexão sobre um comando direto e não enunciam regras. Em verdade, certos comandos constitucionais são regras, como, por exemplo, a anterioridade ou a noventena, além da irretroatividade. Para atender ao “princípio da anterioridade”, uma lei que crie tributo novo deve ter sua vigência iniciada no primeiro dia do exercício seguinte ao da sua publicação na Imprensa Nacional, ou será inconstitucional. Por outro lado, o princípio do não confisco não possui conteúdo jurídico direto que possibilite a declaração de inconstitucionalidade em raciocínio direto, uma vez que somente é possível chegar à conclusão de inconstitucionalidade por meio da contextualização do impacto deste novo tributo na propriedade. De acordo com o que se defende aqui, a mera referência ao “princípio”, sem argumentar com as possibilidades decorrentes de sua aplicação, implica em arbítrio judicial, em julgamento não democrático.

Assim sendo, a aplicação de regras constitucionais tributárias não será objeto de análise neste trabalho, mas, sim, a aplicação dos princípios eleitos como os mais relevantes na definição dos direitos basilares para o exercício do poder de tributar. Antes de tratar desses princípios, e, inclusive, para justificar a escolha de apresentá-los e enquadrá-los como os mais relevantes, serão tecidas considerações sobre a

⁴⁰³ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

função do tributo no Estado brasileiro, o que se fará a partir do alinhamento das perspectivas constitucionais de financiamento público pelo particular.

4.1 A FUNÇÃO DO TRIBUTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL

4.1.1 A compreensão dos tributos no modelo liberal de Estado

Os tributos, seja nos Estados liberais clássicos, seja nos Estados de bem-estar, foram e são importantes ferramentas de suporte financeiro para o abastecimento dos cofres públicos. Inclusive, os Estados cuja fonte de receita majoritária advenha da cobrança de tributos denominam-se de “Estados fiscais”⁴⁰⁴.

Até o advento da concepção do Estado de bem-estar, o sistema tributário era visto apenas como um plexo de direitos de defesa do indivíduo em face do poder público. Os impostos eram concebidos como a retirada coativa de parte da riqueza dos indivíduos sem a devida contraprestação. Eram tidos como a expropriação lícita da propriedade dos cidadãos e, portanto, deveriam ser regulados por diversas regras que coibissem abuso do governo contra o patrimônio privado. De fato, vale trazer o conceito de tributo apontado por Geraldo Ataliba, que reflete esta concepção sobre os impostos: “é a transferência de dinheiro das pessoas privadas, submetidas ao poder do estado, para os cofres públicos”⁴⁰⁵.

A configuração do Estado na doutrina liberal contém um sistema tributário calcado na concepção de propriedade privada como valor pré-sociedade, pela qual a “interferência do governo nessa liberdade através da tributação estará sob suspeita e precisará de uma justificativa excepcionalmente forte”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ É importante distinguir Estado fiscal de Estado tributário. No Estado fiscal, a fonte de arrecadação advém de tributos não vinculados, ou seja, que não dependem de contraprestação estatal específica, enquanto que o Estado tributário é aquele em que a maior parte de suas receitas decorre da cobrança de tributos vinculados a alguma ação pública correspondente. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

⁴⁰⁵ ATALIBA, Geraldo. **A hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 29.

⁴⁰⁶ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 86.

É importante explicar que essa concepção de tributo como forma de expropriação lícita da propriedade do indivíduo se deve ao olhar unilateral que até então se dava ao direito tributário. Na elaboração do sistema fiscal e na construção de seu raciocínio, não havia um conectivo que demonstrasse a vinculação entre a receita arrecadada e o gasto público. Havia, tão-somente, o esclarecimento de que outras disciplinas ocupar-se-iam dos gastos, quais sejam, o direito financeiro e a administração pública. Este fato contribuiu para que o conjunto de normas fiscais se preocupasse apenas com a arrecadação, sem que houvesse qualquer apresentação de justificativas mais aprofundadas para esta atividade do Estado, mas tão-somente, a demonstração de que o seu produto servia para compor os cofres públicos.

A liberdade do contribuinte, interpretada sem o contexto social e sem condições de igualdade, trouxe incontáveis estruturas de negociação e remodelação societárias que eram tidas como meramente “de papel”. A prevalência formal implicou na veiculação de praticamente qualquer conteúdo desde que através de lei formal; e, do prisma da liberdade de organizar-se, levou ao nascimento de arquetipos jurídicos sem substância econômica, empresarial ou extrafiscal⁴⁰⁷.

Do mesmo modo que analisar a relação jurídica tributária sem levar em consideração os seus desdobramentos financeiros e de propriedade é insuficiente, justificar a tributação com base no princípio do benefício revela-se igualmente insatisfatório para definir os pilares da justiça tributária. Como princípio do benefício, entende-se a concepção de que cada contribuinte seria tributado em conformidade com sua demanda por serviços públicos. Assim, aquele contribuinte que tivesse condições financeiras de subsidiar todas as suas necessidades pagaria muito pouco pelo custo social, diferentemente daquele que mais demandasse o serviço público. O problema dessa concepção reside no fato de que jamais seria alcançada a redistribuição da renda por este método. Considerando o conceito de justiça social, o princípio do benefício passa a ser incompatível, pois “se os muito pobres obtêm menos benefícios do governo do que os ricos, eles ainda assim se beneficiam

⁴⁰⁷ GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro, *In* RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

deveras em comparação com seu estado na guerra de todos contra todos”⁴⁰⁸. Sendo assim, segundo o princípio do benefício, os pobres deveriam pagar mais pelo benefício recebido e seria inócua, aos olhos do Estado de bem-estar, a exigência do retorno financeiro por um benefício concedido com o propósito de redução das desigualdades.

Outra crítica desenvolvida contra a concepção tradicional do sistema tributário se refere à formatação do princípio da capacidade contributiva (não ao seu conteúdo)⁴⁰⁹. A ideia de capacidade contributiva traz a de “tributação pelo talento”, segundo a qual os indivíduos devem recolher os impostos conforme os seus talentos, definidos estes como a capacidade de auferir renda e acumular riqueza. No entanto, mais uma vez, os critérios da riqueza pré-tributária, juntamente com a não vinculação ao direcionamento dos gastos, dificultam a identificação do talento das pessoas⁴¹⁰.

Contudo, a introdução de novos contornos à relação entre Estado e sociedade pela construção do *welfare state* promoveu a releitura do sistema tributário., Aborda-se o que se compreende como Estado de bem-estar social antes de adentrar os impactos que ele promove na conceituação de tributo.

4.1.2 O Estado de bem-estar social

O Estado de bem-estar traduz-se no modelo político em que a preocupação estatal encontra-se voltada para a proteção social, especialmente para a prestação positiva do Estado quando da impossibilidade de o indivíduo prover sua subsistência em casos de invalidez, velhice, desemprego, mas mantém, por outro lado, a lógica

⁴⁰⁸ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁴¹⁰ “Uma vez que a justiça na tributação não é uma realidade isolada, não podemos afirmar com segurança que o Estado deve cobrar sacrifícios tributários iguais de todas as pessoas, tendo por base a renda pre-tributária, e, ao mesmo tempo, não nos pronunciar acerca de qual seria a política de gastos”. *Idem*, p. 32.

de produção capitalista para que seja estabelecida uma conjunção entre os avanços da economia e a estabilidade social⁴¹¹.

Trata-se de modelo estatal resultante da intensa transformação social vivenciada no mundo ocidental a partir dos anos 40 do último século. Há diversas explicações teóricas para justificar o Estado de bem-estar⁴¹². A primeira delas atribui o seu surgimento ao processo de industrialização e urbanização, que ocasionou a divisão social e a necessidade consequente de proteção dos indivíduos marginalizados, por meio da regulação estatal⁴¹³. A segunda explicação é a necessidade pública de socorrer os indivíduos das contingências criadas pelo capitalismo, especificamente o excedente de mão-de-obra, pela regulação da participação dos operários no mercado de trabalho: objetivava-se atrair para o Estado os custos sociais a fim de que fosse aumentada a produtividade geral do setor industrial. Por sua vez, a terceira explicação justifica-o como sendo resposta da elite diante das pressões e da mobilização operária que pedia maior legitimidade democrática⁴¹⁴. É possível que a reunião de todas essas situações tenha contribuído para o Estado de bem-estar, de modo mais ou menos intenso a depender do país e da sua realidade social.

Por mais diversas que sejam as explicações sobre o surgimento e o desenvolvimento do *welfare state*, é cediço que este modelo se ocupou da solução dos problemas sociais enfrentados no processo de industrialização e urbanização, especialmente para tutelar as relações de trabalho e responder às demandas sociais, realocando os excedentes para atendimento das necessidades sociais⁴¹⁵. E estas alterações no cenário social implicaram, da mesma forma, em maior

⁴¹¹ BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social: a armadilha dos conceitos**. Disponível em: <http://www.academia.edu/8038311/Seguridade_Social_a_Armadilha_dos_Conceitos>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴¹² Não se pretende esgotar o assunto relativo às concepções sociológicas do Estado de bem-estar, mas apenas apresentar conceitos operacionais relacionados à explicação de que o tributo tem função social de redistribuição de renda e de redução de desigualdades. A pretensão é, inclusive, apresentar as próprias divergência semânticas dentro desse modelo político.

⁴¹³ FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴¹⁴ VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 22-23.

⁴¹⁵ GIUBONNI, Stefano. **Social rights and market freedom in the European Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 8-9.

intensidade e organicidade da mobilização da classe operária. São estes os pilares históricos do *welfare state*⁴¹⁶. Há dissenso na explicação dos aspectos históricos que deram ensejo ao desenvolvimento do *welfare state*, e, do mesmo modo, na tarefa de conceituá-lo⁴¹⁷.

Isto é explicado em razão de o *welfare state*, concepção política de proteção social nas situações de contingência, ter surgido em contextos históricos distintos, o que gerou fundamentações teóricas distintas⁴¹⁸.

De fato, muitas das acepções do *welfare state* podem remontar à ideia tão somente de um Estado que se preocupa com políticas direcionadas a garantir condições mínimas de igualdade aos indivíduos ou prover a proteção legal dos direitos sociais a partir de programas. Para explicar esta divergência teórica, José Luis Fiori⁴¹⁹ aponta que a proteção social na história possui basicamente três fases: a primeira delas refere-se à adoção de medidas de proteção que consistiam em “esmolas” transferidas aos pobres para a solução de problemas imediatos, sendo exemplo a *Poor Laws* de 1536⁴²⁰; a segunda fase incorporava a continuidade de programas de proteção da primeira fase como elemento das políticas sociais, sendo exemplo que reflete esse momento a visão do Plano Marshall, em 1964, pelo qual foram realocadas verbas públicas para a reconstrução da Europa nos níveis civil, político e social; por fim, a terceira fase atinge o nível mais elevado de bem-estar

⁴¹⁶ FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

⁴¹⁷ FLEURY, Sonia. **Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina**. São Paulo: Fio Cruz, 1992, p. 110.

⁴¹⁸ VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 21.

⁴¹⁹ FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

⁴²⁰ A *Poor Law* objetivava estabelecer um padrão de renda mínima aos mais pobres, sendo que o Estado inglês incumbia a Igreja de intermediar o fornecimento de “esmolas” aos pobres, bem como de estabelecer que esses pobres trabalhassem para os senhores proprietários: “tinha uma administração local e cada paróquia (uma unidade territorial) tinha sua própria tabela de impostos e por meio deles empregavam os homens capazes e mantinham os asilos de pobres, onde havia ensino a órfãos e crianças carentes e o cuidado a idosos e doentes.

social por meio da democracia de massas e da mobilização social, da qual se pode afirmar que o Plano Beveridge⁴²¹, seja marco para a conformação do modelo.

Em relação a esses diversos fatores que refletem o Estado de bem-estar social, Esping-Andersen⁴²² organiza a conformação em tipologias: liberal, conservadora e social-democrata ou institucional-redistributiva.

Na tipologia liberal ou residual, o Estado de bem-estar traz para si a responsabilidade pelo resguardo de necessidades mínimas de alimentação, saúde, moradia, ao detectar que o mercado obstrui a fruição dos direitos, a ponto que tal mazela não possa ser solucionada no âmbito de outras instituições, como a família. Este tipo de perspectiva de bem-estar social⁴²³ foi desenvolvida nos terrenos americano, australiano, canadense e sueco.

Reconhece-se, nesse caso, que o mercado possui condições de equilibrar as relações na sociedade, bem como de fornecer subsídios para situações de contingência social, e, em caso contrário, a mesma responsabilidade cabe à família. É apenas na hipótese de exaurimento das vias econômicas e familiares para provimento das necessidades elementares dos cidadãos que o Estado “welfarista” liberal atua para intervir na realocação dos bens.

Os beneficiários do sistema de proteção social previsto no *welfare* liberal são os comprovadamente pobres, sendo que os serviços públicos prestados a esta camada da população são razoavelmente modestos, o que revela que “o progresso da reforma social foi severamente limitado pelas normas tradicionais e liberais da

⁴²¹ Além da garantia de proteção integral ao cidadão, desde o início da vida até sua morte, o Plano Beveridge, adotado pelo governo inglês, assegurava a sua autonomia. Essa proteção era assegurada pelo orçamento fiscal, desvinculando-se da relação contratual e de contrapartida até então previstas nas “políticas sociais”. FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**.

⁴²² ESPING-ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do welfare state**. *Lua Nova*. N. 24, set. 1991, p. 85-116, p. 95.

⁴²³ BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social: a armadilha dos conceitos**. Disponível em: <https://www.academia.edu/8038311/Seguridade_Social_a_Armadilha_dos_Conceitos>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ética do trabalho: aqui os limites do bem-estar social equiparam-se à propensão marginal, à opção pelos benefícios sociais em lugar do trabalho”⁴²⁴.

A proposta do *welfare state* liberal ou residual, assim, avança em relação ao liberalismo clássico, por estabelecer modelo estatal de resposta à demanda social a partir do reconhecimento de direitos sociais. No entanto, a estrutura estatal, ainda que disposta de forma burocrática, é relativamente menor quando comparada às demais tipologias. Não há, do mesmo modo, universalidade na prestação de serviços públicos ligados à seguridade social, pois apenas aqueles que comprovadamente necessitam de assistência são contemplados. A mitigação dos efeitos da desmercadorização⁴²⁵ obtida com o sistema jurídico de proteção aos direitos sociais, uma vez que o mercado ainda é elemento essencial para o gozo de direitos e para a participação no espaço público⁴²⁶.

A tipologia conservadora, ou meritocrática é caracterizada como aquela em que os arranjos de proteção social são firmados de acordo com os grupos a proteger. Trata-se de modelo desenvolvido em países como Austrália, França, Alemanha e Itália, nos quais há legado histórico fortemente corporativista, motivo crucial para a manutenção do sistema de concessão de benefícios sociais de forma escalonada. A referência histórica mais marcante desta tipologia é a proposta por Bismarck⁴²⁷ na Alemanha, ao final do século XIX, em que a seguridade passou a ser social e o Estado forneceu subsídios para as incongruências do mercado em relação à garantia dos direitos.

Há nessa tipologia a mobilização dos grupos sociais, os quais têm espaço para a manifestação de seus interesses e obtêm o reconhecimento das aspirações

⁴²⁴ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. **Lua Nova**. N. 24, set. 1991, p. 85-116, p. 108.

⁴²⁵ “Desmercadorizar significa reduzir a dependência das pessoas da relação mercantil-monetária, fazendo, para tanto, com que os trabalhadores estejam protegidos das livres forças de oferta e demanda na determinação das suas condições de trabalho e remuneração” CARDOSO JR., José Celso. Fundamentos sociais das economias pós-industriais: uma resenha crítica de Esping-Andersen. *In Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais BIB*. São Paulo, n. 56, 2003. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/artigo/ixcongresso51.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

⁴²⁶ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. **Lua Nova**. N. 24, set. 1991, p. 85-116, p. 108.

⁴²⁷ VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 24.

em forma de direitos ou políticas, preservando as diferenças de *status* na sociedade. De fato, “este corporativismo estava por baixo de um edifício estatal inteiramente pronto a subsidiar o mercado enquanto provedor de benefícios sociais; por isso a previdência privada e os benefícios ocupacionais extras desempenham realmente um papel secundário”⁴²⁸. Isto quer dizer que os grupos de acesso às decisões públicas conseguiram obter do Estado os benefícios de que precisavam, sem que fosse necessário o custeio pelos agentes do mercado.

Nesse diapasão, a segunda tipologia, corporativista, reconhece as diferenciações socioeconômicas proporcionadas pelo mercado e tende a vincular a distribuição da proteção social a outras bases, as quais coincidem com as reivindicações dos setores corporativos atuantes na esfera de decisão pública; partidos políticos ou sindicatos, via de regra. É fortalecida, em consequência, a estrutura das famílias, nas quais são depositadas as expectativas de seguro social mínimo e imediato. Há, de igual modo, a previsão de direitos sociais, os quais, todavia, são oferecidos às camadas sociais merecedoras dos serviços públicos. O aparato estatal, desse modo, acomoda a estrutura burocrática e de gastos destinados a oferecer as condições de seguridade e assistência sociais reivindicadas pelos grupos sociais.

A respeito do corporativismo, é importante assinalar que muitas críticas são feitas a essa tipologia em razão de que os direitos sociais construídos a partir da sua aplicação beneficiariam apenas os grupos que os reivindicassem, excluindo os que não atuassem no jogo político, isto é, não são universais pois não atingem todos os indivíduos. Argumenta-se que há nítida redução do campo de barganha geral na área das relações de trabalho, ocasionada pela sua substituição por uma forma de “corporativismo que reduz as condições de governabilidade”.⁴²⁹ De fato, conclui-se que a presença de forte corporativismo conduz a uma aversão ao universalismo, em que o público se contrapõe ao privado.

⁴²⁸ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. **Lua Nova**. n. 24, set. 1991, p. 85-116, p. 109.

⁴²⁹ DRAIBE, Sonia. O *welfare state* no Brasil, características e perspectivas. In **Revista da ANPOCS**, São Paulo, n. 12, 1988, p. 126.

Por fim, a tipologia socialdemocrata ou institucional-redistributiva de proteção social. O principal marco histórico deste modelo de *welfare state* foi o desenvolvido na Inglaterra e Suécia por William Beveridge, logo após a 2ª Guerra Mundial. Naquele momento, os serviços públicos de assistência e de seguridade sociais abrangiam todos os cidadãos, de modo a compensá-los por eventuais perdas do poder de compra, e amenizar os efeitos de crises econômicas⁴³⁰.

Como ponto de ressalva terminológica, a justiça distributiva e a justiça comutativa. Em verdade, é tradicional considerar que no prisma público prevalece a justiça distributiva para a melhor repartição de privilégios e gravames entre os indivíduos; cada um recebe os bens que lhes correspondem, conforme situações objetivas — por mérito e trabalho. Simultaneamente, no direito privado, prevalece a justiça comutativa, que regulamenta a troca de bens com valor na sociedade e propõe que o aludido valor dos bens objeto de permuta seja correspondente a aspectos de oferta e demanda. Todavia, pode-se reconhecer que inicia a percepção no direito privado do efeito distributivo das normas jurídicas e o seu reflexo nas decisões jurídicas formadas a respeito. Atualmente, não se pode pensar que o critério de que se vale o direito privado seja a utilidade para o indivíduo, mas, sim, deve considerar dentro de um contexto social⁴³¹.

Nessa tipologia, a universalidade e a desmercadorização estendem-se também às classes médias, o que foi provocado pela inserção de “qualidade de vida” como parâmetro de atuação estatal, superando a ideia de proporção apenas das necessidades mínimas de sobrevivência. Ou seja, os serviços públicos alcançam os patamares dos gastos das classes médias, bem como mantêm a igualdade de padrões gozados pelos mais ricos da sociedade⁴³².

⁴³⁰ BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social:** a armadilha dos conceitos. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/ih/dss/gesst/seguridade.pdf>.> Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Tradução de Bruno Gimde. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

⁴³² “A política de emancipação do regime socialdemocrata dirige-se tanto ao mercado quanto à família tradicional. Ao contrário do modelo corporativista-subsidiador, o princípio aqui não é esperar até que a capacidade de ajuda da família se exaura, mas sim de socializar antecipadamente os custos da família. O ideal não é maximizar a dependência da família, mas capacitar a independência individual. Neste sentido, o modelo é uma fusão peculiar de liberalismo e socialismo. O resultado é um *welfare state* de transferências diretamente aos filhos e assume responsabilidade direta pelo cuidado com as

A tipologia institucional-redistributiva é a que procura maximizar a aplicação das variáveis do *welfare state*, essencialmente no que concerne à desvinculação dos direitos sociais do mercado. Desse modo, o Estado assume papel mais presente nas esferas pública e privada para institucionalizar a proteção social. Fornece serviços e benefícios públicos a todos, diferentemente do que ocorre na tipologia conservadora, superando a ideia liberal de *welfare*, consistente na cobertura apenas das necessidades mínimas de sobrevivência. Consiste na “parte importante e constitutiva das sociedades contemporâneas, voltado para a produção e distribuição de bens e serviços ‘extramercado’, os quais são garantidos a todos os cidadãos”⁴³³.

Essa é, de fato, a tipologia de *welfare state* que alcança a maior proteção social, pois os fatores caracterizadores do modelo em destaque encontram-se presentes de forma universal, especialmente a mobilização social, a desmercadorização por meio da previsão de direitos sociais, esteja o cidadão inserido nas relações de mercado ou não, direitos estes que não atendem apenas necessidades mínimas, mas patamares reconhecidos de qualidade de vida⁴³⁴.

crianças, os velhos e os desvalidos. Por conseguinte, assume uma pesada carga de serviço social, não só para atender as necessidades familiares, mas também para permitir às mulheres escolherem o trabalho em vez das prendas domésticas”. ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. **Lua Nova**, São Paulo, n. 24, set., 1991, p. 110.

⁴³³ DRAIBE, Sonia. O *welfare state* no Brasil, características e perspectivas. *In Revista da ANPOCS*, São Paulo, n. 12, 1988, p. 58.

⁴³⁴ A propósito, é pertinente mencionar que há várias críticas tecidas contra a proposta de Esping-Andersen. Vianna afirma que a classificação proposta reconhece forte fragmentariedade dos sistemas, eis que não há molde perfeito às tipologias propostas, mas recortes múltiplos para cada área da atuação estatal, além do que não reflete peculiaridades dos sistemas, “generalidade que esmaece o funcionamento do sistema”. Certamente as críticas desferidas contra a proposta de estabelecer tipologias do *welfare state* de Esping-Andersen são coerentes, na medida em que, de fato, conformar a realidade política e de proteção social a modelos e classificações teóricas provoca fragmentação, em razão da complexidade dos fenômenos históricos, políticos e jurídicos, fato esse que é, inclusive, reconhecido pelo próprio autor após listar as tipologias “apesar da falta de pureza, se nossos critérios essenciais para definir os *welfare states* têm a ver com a qualidade dos direitos sociais, com a estratificação social, então obviamente o mundo compõe-se de aglomerados distintos de regimes”. Em que pese a plausibilidade das críticas, é certo que a inserção de elementos históricos, ainda que agrupados em forma de tipologias, na conceituação do *welfare state* contribui para o estudo da relação entre políticas sociais e direito. Primeiramente porque formula modelo que mantém a caracterização de um Estado como welfarista, a partir da proposição de elementos comuns, e, ao mesmo tempo, reconhece a diversidade da intensidade desses elementos experimentada pelos países, ao propor as três tipologias. Do mesmo modo, a classificação em tipologias como consequência da tentativa de preservar a conformação do *welfare state* fornece importante ótica para os pesquisadores em direito, de vez que, a partir de elementos empíricos,

Traçados os contornos teóricos do *welfare state*, é importante trazer à baila as dificuldades enfrentadas pelo poder público na sua concretização. Este fato levou a OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) a abrir uma mesa de debate para enfrentar a crise do *welfare state* e manter, por outro lado, a sociedade de bem-estar⁴³⁵.

Considerando este fenômeno, passa-se a analisar os fatores que demonstram a ocorrência da crise do *welfare state* e as soluções propostas, especialmente no que concerne ao tratamento da liberdade.

A tipologia institucional-redistributiva de *welfare state* é a que permite aos indivíduos o acesso à proteção social integral, eis que concede subsídios em casos de invalidez, velhice, desemprego, de modo universal, além de efetuar a sua desmercadorização, permitindo aos cidadãos que sejam ativos, ainda que fora do sistema de mercado, sem, contudo, retirar a lógica do sistema de capital⁴³⁶.

No entanto, o processo de concretização do Estado de bem-estar desencadeou queda no ritmo da economia em alguns países e, com ela, a queda do emprego, bem como a aceleração inflacionária⁴³⁷, e é sobre isso que trata o tópico seguinte.

4.1.3 Crise do Estado de bem-estar social e a modelagem de tributação

Considerando que o Estado de bem-estar social é o modelo em que são prestados serviços para interferência direta na sociedade a fim de promover as mudanças sociais, econômicas consideradas e pactuadas no seio social, para a sua concretização, era imprescindível a busca por mais dinheiro na sociedade para abastecimento dos cofres públicos. Assim, a principal forma de subsídio utilizada foi

permite a identificação de uma ou outra tipologia, nada obstante possam ser fragmentárias. Ou seja, permite conceber o conceito de *welfare* a partir da conjugação de fatores empíricos e teóricos.

⁴³⁵ Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. *The welfare state in crisis*. Paris: OECD, 1981. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/The_welfare_state_in_crisis.html?id=PDS6AAAAIAAJ&redir_esc=y>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴³⁶ BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social: a armadilha dos conceitos**. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/ih/dss/gesst/seguridade.pd>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴³⁷ DRAIBE, Sonia; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

o alargamento da tributação, pois somente dessa maneira seria possível o financiamento das novas despesas públicas⁴³⁸.

Todavia, o crescimento do Estado, em meados da década de 1970 e o seu respectivo suporte fiscal puseram em cheque o modelo de bem-estar, chegando a gerar um debate sobre o avanço estatal no patrimônio: não seria uma transformação, às escuras, do Estado em Estado socialista, ou seja, no modelo de proprietário? De fato, a avaliação do “inchaço” das despesas públicas poderia levar à alteração do modelo baseado no capital para o modelo de Estado proprietário. Sobre esta avaliação, convém pontuar as considerações de José Casalta Nabais de que o Estado fiscal não pode se transformar em Estado patrimonial, isto é, a tributação não pode ser tamanha que a riqueza produzida em sociedade seja, ao fim e ao cabo, transferida aos cofres públicos⁴³⁹.

A elevação da carga tributária foi um dos fatores, não o único, responsáveis pela crise do *welfare state*: com o crescente aumento dos gastos públicos, os Estados tiveram de enfrentar o *deficit* e, conseqüentemente, para supri-lo, buscar mais recursos na atividade produtiva. Em verdade, a “tributação progressiva sobre a renda, os lucros e o capital diminui os fundos disponíveis para o investimento e assim reduz o incentivo a investir”⁴⁴⁰.

É verdade que a tributação foi apenas um dos fatores que propiciaram a crise do *welfare state*. Segundo Luis Fiori⁴⁴¹, além do desequilíbrio financeiro, outros

⁴³⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 194.

⁴³⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 195.

⁴⁴⁰ DRAIBE, Sonia; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em 20 nov. 2016.

⁴⁴¹ “i. em primeiro lugar, as modificações da estrutura produtiva e ocupacional a que fizemos referência acabam alterando a base socioeconômica do *welfare* na medida em que alteram a configuração e o fluxo dos riscos. Além, é claro, de aumentar as tensões sobre o equilíbrio financeiro do sistema, na medida em que diminuem o número dos contribuintes ao mesmo tempo em que aumentam as exigências ao nível das prestações. Os próprios processos de reestruturação industrial que pesaram enormemente sobre os custos dos sistemas de proteção foram de uma forma ou outra subsidiados pelos seus recursos; ii. em segundo lugar, as populações agora desocupadas de forma permanente se cruzam em vários espaços com o crescente movimento de imigração desencadeado pelas transformações econômicas e políticas, sobretudo na Europa do Leste; iii. em terceiro lugar, a interdependência crescente, por opção ou imposição, ao condicionar de forma cada vez mais estreita

fatores provocaram o questionamento do modelo de bem-estar. O crescimento da imigração, a limitação dos espaços autônomos de decisão dos governantes nas políticas sociais, a criação de dificuldades para a competitividade de sociedades empresariais globais em razão da concorrência fiscal internacional e a polarização dos mercados de trabalho. Todos são elementos que, não só diminuem “qualquer tipo de solidariedade interna, como fazem cada vez mais problemática a ação estatal que não seja vetada pelos seus altos custos do ponto de vista da competitividade”⁴⁴².

Nesse sentido, trazer uma lista extensa de programas sociais à pauta de prioridades públicas implicou não apenas no desequilíbrio das contas, mas, no campo social, na eliminação de riscos, provocando desestímulo ao trabalho e diminuição da competitividade da mão-de-obra. De fato, a expansão dos programas sociais financiados pelo governo, como seguro-desemprego, pensões e aposentadorias, “gerou uma situação de excessiva proteção e segurança econômica, na qual as políticas atuam negativamente, isto é, ampliam os problemas

às gestões macroeconômicas nacionais, também acaba limitando os espaços autônomos de decisão dos governos no plano das políticas sociais. O caso europeu é ilustrativo, pois ali as decisões de Maastrich vêm impondo normas cada vez mais estritas com relação até ao nível de gastos e organização das políticas sociais; iv. em quarto lugar, o fenômeno da competição global ou sistêmica inaugurado pela desregulação dos mercados nacionais transformou os gastos em política social em custos que oneram a competitividade das empresas capazes de participar da competição global. Fenômeno que fecha de maneira perversa e circular contra os próprios trabalhadores que vêm sendo postos [...] de perder seus empregos ou abrir mão de seus sistemas de proteção; v. em quinto lugar, o fenômeno da polarização dos mercados de trabalho mencionado anteriormente, vem expandindo o mundo dos “sem-classe” ou da “subclasse” que ficam cada vez mais excluídos dos mercados do trabalho e, como consequência, de qualquer sistema de proteção, sobretudo porque aparecem cada vez mais corporativizados; vi. em sexto lugar, e por fim, todos estes fatores conjugados não apenas diminuem a possibilidade de qualquer tipo de solidariedade interna (que não seja o de natureza étnica ou religiosa)”. FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

⁴⁴² Além da garantia de proteção integral ao cidadão, desde o início da vida até sua morte, o Plano Beveridge, adotado pelo governo inglês, assegurava a sua autonomia. Proteção esta que era assegurada pelo orçamento fiscal, desvinculando-se da relação contratual e de contrapartida até então previstas nas “políticas sociais”. FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

que deveriam solucionar”⁴⁴³. É certo que esse desequilíbrio não se revela em todos os Estados de bem-estar social, pois muitos mantêm o balanço das contas.

Além de desestruturar as instituições econômicas e sociais, a experiência do *welfare state* em alguns países ainda teria propiciado uma intensificação da interferência do estado na vida social e, desse modo, inserido índices de autoritarismo nos governos, conforme aponta Friedman⁴⁴⁴. Para ele, a centralização das decisões diminui a eficiência própria do mercado e fortalece o corporativismo, na medida em que o governo se abre aos grupos de pressão, além de reduzir o grau de autonomia dos indivíduos.

As soluções para os problemas sociais referentes à crise do *welfare state* são diversas. Para Friedman⁴⁴⁵, que enxerga o modelo de bem-estar social como forma falida de Estado, a proposta para a crise seria a redução drástica de benefícios sociais, a inserção de critérios mais rígidos para a concessão de bens públicos, a privatização dos serviços públicos, e a redução dos controles e regulações sobre o setor empresarial. Somente assim, com a concessão de mais autonomia ao mercado, é que seriam alcançados o pleno emprego, níveis controlados de inflação, bem como a recomposição do caixa do setor público.

Há outras perspectivas, por outro lado, que pretendem a manutenção daquela forma de proteção social como apropriada, mas impõem ajustes na gestão pública quando há crise fiscal. É que a solidariedade genérica não se esgota em normas com a transposição de funções ao Estado. O princípio da solidariedade de grupo, em verdade, determina que os indivíduos de determinado grupo tenham responsabilidade social maior sobre os componentes da sociedade que nele não se inserem.

Para Pierre Rosanvallon, o Estado de bem-estar tem suas bases fincadas no indivíduo como categoria social e política e “não pode existir, em uma palavra, sem economia e sociedade de mercado, isto é, sem afirmação do indivíduo como

⁴⁴³ DRAIBE, Sonia; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise**: um balanço da literatura internacional. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em 20 nov. 2016.

⁴⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultura, 1984, p. 89.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

categoria econômica central”⁴⁴⁶. No entanto, a lógica econômica, “a competitividade e o progresso social (redução das desigualdades e socialização crescente da demanda) tornam-se contraditórios em curto prazo”⁴⁴⁷. É que o Estado precisa estar aberto às modificações sociais, como ocorreu com o Estado de bem-estar nos anos 1950. Estas modificações sociais seriam o crescimento do desemprego e o aparecimento de novas formas da pobreza, o que geraria uma quebra com o modelo de sociedade sobre o qual se desenvolveu o *welfare state*. Isto porque não era mais possível tratar os riscos sociais de modo heterogêneo, sendo imperiosa a consagração das diferenças e das nuances próprias da nova conformação social.

Para encarar a crise do *welfare state*, propõe-se a reestruturação da política fiscal. De fato, a decisão pública para aumento ou redução da arrecadação tributária não deve considerar apenas as despesas sociais. Assim, antes de aceitar despesas, “é preciso perceber as somas necessárias a seu financiamento”⁴⁴⁸. Em razão do fato de o mercado ser um dos elementos fundantes do modelo de bem-estar social, é fundamental que qualquer alteração no sistema tributário, essencialmente no que tange à majoração ou redução da carga fiscal, seja precedida de uma análise de consequências na conformação da economia e no indivíduo, pois, caso contrário, não há como abandonar o efeito do desincentivo às atividades. Esta é a base da capacidade contributiva, direito componente do núcleo democrático constitucional, que será apresentado a seguir.

Para enfrentar a crise, Rosanvallon⁴⁴⁹ afasta de início a sugestão de Friedman, especialmente no que tange às privatizações, pois seria um retorno ao modelo de não redistribuição e um caminho contrário ao progresso social. De outro lado, o reforço na carga tributária, para angariar mais recursos para o custeio dos serviços públicos, não apenas provocaria uma fragmentação maior, como colaboraria para a criação de uma economia paralela.

⁴⁴⁶ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997, p. 35.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁴⁸ DRAIBE, Sonia; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise**: um balanço da literatura internacional. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴⁴⁹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997, p. 85.

Deve haver a substituição da lógica de estatização por uma tríade articulada de ações, “socialização, descentralização e autonomização”, da seguinte maneira: para desburocratizar e racionalizar, propõe a socialização da gestão; remodelar e reorganizar certos serviços públicos de modo a torná-los mais próximos dos beneficiários, o que significa a descentralização para aumentar as responsabilidades das coletividades locais nos domínios sociais e culturais; além de transferir às coletividades não públicas as tarefas e as escolhas, ou seja, autonomizar⁴⁵⁰.

Com essa sugestão, reduz-se a demanda estatal, não pela despreocupação pública com os conflitos sociais, como havia no liberalismo passado, mas, diferentemente, com a concessão de autonomia do indivíduo e o fomento da pacificação em instituições como a família e a vizinhança⁴⁵¹.

Victor Ramiro Fernández⁴⁵² defende, do mesmo modo, que a descentralização do processo decisório requer, também, a redefinição da “morfologia” estatal. Essa sugestão interage com a perspectiva da participação direta do indivíduo nas decisões. Nesta conformação, há a interação de atores públicos com atores privados, sociedade, Estado e mercado, agências de desenvolvimento. O Estado central não desaparece, mas passa a ocupar lugar crítico, agindo reduzidamente, sem deixar de ser austero e eficiente no propósito de manter a igualdade de condições para o exercício do jogo democrático.

A redução do papel estatal e a sua conseqüente combinação com formas de regulação intrassociais desbordarão em novos modos de solidariedade. A este respeito, o rearranjo das instituições sociais menores em prol do alcance de objetivos sociais será a forma de introdução da solidariedade nas relações sociais: “são todas essas formas de socialização transversais, que vão da associação formalizada à ação comum informal para se prestarem serviços, que podem permitir

⁴⁵⁰ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997, p. 85-86.

⁴⁵¹ ESTES, Richard. **The welfare state in crisis**. Disponível em: <<http://www.sp2.upenn.edu/restes/isw/chapter33.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁴⁵² FERNANDEZ, Victor Ramiro. **Estrategias de desarrollo y transformación estatal: buscando al Estado bajo el capitalismo global**. Santa Fe: Centro de Publicaciones UNL, 2001, p. 269.

reinsere a solidariedade na sociedade”⁴⁵³. A ferramenta necessária para alcançar esse estado é a concessão de mais tempo livre aos indivíduos, com a redução da carga de trabalho, que não vai apenas ajudar na redução do desemprego, mas permitir a formação de laços sociais, pois “essa multissocialização, esse pluralismo das formas de sociabilidade, não é um constrangimento, mas, ao contrário, um alargamento da liberdade de cada indivíduo”⁴⁵⁴.

Essa perspectiva tangencia o arquétipo procedimentalista-democrático, já que a sociedade civil e a arena pública formam pontos de referência extremamente fortes, diante dos quais o procedimento democrático e a concretização do sistema de direitos adquirem uma relevância única. O importante, nesse tipo de sociedade, é assegurar a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio natural⁴⁵⁵.

A liberdade é relida, assim, na nova conformação do Estado de bem-estar, após a constatação da crise do modelo. Seja por meio da racionalização das finanças públicas, com a consideração dos efeitos causados no mercado pelo aumento da carga fiscal, por exemplo, seja pelo aumento das possibilidades de experimento e de troca, há um novo olhar sobre a liberdade⁴⁵⁶.

Amartya Sen propõe o conceito de liberdade como a expansão da capacidade das pessoas para levar a vida que valorizam, pois a excelência de “uma sociedade deve ser avaliada, nesta visão, primordialmente segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam. Essa posição avaliatória difere do enfoque informacional de abordagens normativas tradicionais”⁴⁵⁷, fazendo referência, neste caso, ao utilitarismo, à liberdade legal e à análise a partir da renda.

⁴⁵³ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997, p. 93.

⁴⁵⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: Editora UnB, 1997, p. 93.

⁴⁵⁵ FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 51.

⁴⁵⁶ Para tratar de liberdade e afastar o risco de que ela seja compreendida erroneamente, as bases teóricas e conceituais que fundamentam o seu sentido nesse trabalho são as desenvolvidas por Isaiah Berlin e Amartya Sen.

⁴⁵⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

Acrescenta que a questão da desigualdade de renda não é o único problema social, concepção que poderia levar o Estado a apenas redistribuir dinheiro, sem considerar os demais elementos que refletem a liberdade. É relevante a distinção entre a desigualdade de renda e a econômica, esclarecendo que esta comporta a inclusão de outras variáveis, como desemprego, doença, nível de instrução e *status* social⁴⁵⁸.

Essa concepção de desenvolvimento como liberdade assemelha-se ao conceito de liberdade positiva, relativa à capacidade para realizar a escolha que a liberdade negativa revela como possível. A liberdade positiva centra-se nas demandas por um autogoverno que mobilize movimentos públicos “mais poderosos e moralmente justos de nosso tempo”⁴⁵⁹.

Com relação ao mercado, não há como considerá-lo como um fim em si mesmo, bem como admitir sua autorregulação com base apenas na sua própria eficiência. Diferentemente, o mercado, considerado como instituição importante na conformação social contemporânea, deve estar articulado às demais, como o Estado, o sistema legal, os partidos, a televisão, os grupos de interesse público para “a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios”⁴⁶⁰.

Não é possível negar a relevância da instituição “mercado” na sociedade, sendo impossível removê-lo do seio social, eis que, desde a antiguidade, é a forma como as trocas são realizadas. Assim, considerando o valor da liberdade como central no enfrentamento da crise, a exigência de tributos sem a cabal demonstração

⁴⁵⁸ “No entanto, a distinção entre desigualdade de renda e desigualdade econômica é importante. Muitas das críticas ao igualitarismo econômico como um valor ou objetivo aplicam-se bem mais facilmente ao limitado conceito de desigualdade de renda do que às concepções mais amplas de desigualdade econômica. Por exemplo, dar uma fatia maior de renda a uma pessoa que tem mais necessidades – digamos, devido a uma incapacidade – pode ser visto como contrário ao princípio de igualar as rendas, mas isso não contesta os preceitos mais amplos da igualdade econômica, uma vez que a maior necessidade de recursos econômicos devido à incapacidade deve ser levada em conta ao julgarem-se os requisitos da igualdade econômica” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 146.

⁴⁵⁹ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 269.

⁴⁶⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 11.

de que a sociedade será beneficiada segundo seu próprio pleito, e sem a análise do impacto da tributação sobre o indivíduo, é uma medida arbitrária e pode ser considerada uma forma de privação desarrazoada e injustificada⁴⁶¹.

Este argumento é diverso daquele neoliberal que afirma ser a imposição de controle das negociações apenas uma forma de obstrução do gozo da liberdade, na defesa de que os mercados expandem a renda e conferem às pessoas possibilidade de emprego e de melhora na condição de vida. Verdadeiramente, a liberdade de mercado pode impulsionar o crescimento econômico e a melhoria no padrão de vida das pessoas. Determinadas políticas restritivas de oportunidades nos mercados podem obstruir a expansão das liberdades substantivas. Neste ponto, não se nega que haja certas ações do mercado que devam ser reguladas por prejudicarem terceiros ou por serem contraproducentes. A visão utilitarista de mercado, no sentido de que o bem comum precede a liberdade é, portanto, a justificação de restrições que deixam de levar em consideração o próprio núcleo dessa liberdade⁴⁶².

O problema das desigualdades não está na instituição do mercado propriamente dito, eis que ela representa uma das formas de expansão das capacidades, mas na falta de preparo para usar as transações negociais para o bem dos envolvidos, ou na falta de controle sobre operações que refletem as assimetrias de poder na sociedade. E é neste aspecto que o Estado intervém legitimamente. A restrição pura e simples não é o que se indica, mas a permissão do seu funcionamento com equidade⁴⁶³ e suplementação adequada. Isso implica em

⁴⁶¹ “Ser genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas (ainda que certas conversas sejam claramente infames e causem problemas a terceiros – ou até mesmo aos próprios interlocutores). A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita de justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis mais distantes; essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto). A contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento da importância direta da liberdade de troca – de palavras, bens, presentes)”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 20.

⁴⁶² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 45.

⁴⁶³ Equidade, conforme defendido por John Rawls, embasamento teórico sobre o qual a tese de Amartya Sen está fundada, é a definição de justiça. Para ele, a justiça como equidade é a que parte da posição original como etapa inicial para a conformação da sociedade justa. A posição original, por sua vez, é um mecanismo manipulado para que os indivíduos, em uma situação hipotética, em que

fornecer educação básica, assistência médica, e recursos elementares para o desenvolvimento de atividades econômicas de grande, médio e pequeno porte, fatores estes que são complementares à liberdade de mercado e fundamentais para a expansão das capacidades⁴⁶⁴.

O *welfare state*, ideal que permanece almejado ainda após a crise e é defendido, traduz-se em modelo de Estado em que a preocupação pública encontra-se voltada para a proteção social, por meio da concessão de subsídios em casos de invalidez, velhice e desemprego, de modo universal, além da construção de uma estrutura que permita a mobilização dos indivíduos, independentemente de estarem ou não inseridos no contexto de mercado, mas mantendo, por outro lado, o modo de produção capitalista. Há, portanto, a preocupação em estabelecer uma conjunção entre os avanços da economia e a estabilidade social⁴⁶⁵.

No Estado de bem-estar, houve o aumento da busca estatal por receitas, em razão das novas tarefas e serviços públicos demandados, o que implicou, em determinado momento, no desequilíbrio das contas públicas, pois se estaria a onerar sobremaneira o mercado⁴⁶⁶. Nada obstante, o Estado fiscal, que preserva a riqueza

“não sabem o seu lugar na sociedade, suas preferências morais e/ou religiosas, sua posição de classe ou seu *status* social, nem sua sorte na distribuição dos dotes naturais ou habilidades, sua inteligência e força. Também ninguém conhece a sua concepção de bem, as particularidades de seu plano de vida e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como, por exemplo, a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou pessimismo. Além disso, as partes na posição original não sabem a posição econômica e política de sua própria sociedade, ou o nível de civilização ou cultura que ele foi capaz de atingir”. RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147)

⁴⁶⁴ “Não se pode duvidar das contribuições do mecanismo de mercado para a eficiência, e os resultados econômicos tradicionais, nos quais a eficiência é julgada segundo a prosperidade, a opulência ou a utilidade, podem ser estendidas também para a eficiência no que se refere a liberdades individuais. Mas esses resultados de eficiência não podem, sozinhos, garantir a equidade distributiva. O problema pode ser particularmente grande no contexto da desigualdade de liberdades substantivas, quando existe um acoplamento de desvantagens (como por exemplo a dificuldade de uma pessoa incapacitada ou sem preparo profissional para auferir uma renda sendo reforçada pela sua dificuldade para fazer uso da renda para a capacidade de viver). Os abrangentes poderes do mecanismo de mercado têm de ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 189-190.

⁴⁶⁵ BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social: a armadilha dos conceitos**. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/ih/dss/gesst/seguridade.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴⁶⁶ DRAIBE, Sonia; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em 20 nov. 2015.

em sua maior parte na sociedade, com a titularidade do particular, continua a ser um dos mais importantes meios para concretizar a ação pública positiva⁴⁶⁷.

No entanto, essa busca por recursos deve ser limitada pela possibilidade do indivíduo de colaborar com a construção dos *standards* do Estado. Assim, quem tem mais acesso a formas de auferir renda e possuir menos despesas poderá contribuir com maior quantidade para o custeio dos serviços imprescindíveis e à redução das desigualdades pelo Estado.

Isso não significa que o Estado possa justificar a cobrança de tributos baseado apenas no fato de que as receitas dela decorrentes serão destinadas a custear serviços públicos. A democracia responsiva precisa, além de atender a sociedade, comprovar que o todo social assim almeje, bem como que, no caso de dissenso, houve composição do conflito para atender a todos, por meio de cessões e concessões mútuas.

Nesse passo, o que se pretende afastar com a simples invocação do termo “bem comum” como justificção do aumento de tributo representa algo simplesmente baseado na acepção utilitarista da ação pública. É relevante e mais democrático o recebimento de pretensões sociais que se aproximem das escolhas sociais⁴⁶⁸.

O sistema tributário deve ser compreendido como uma ferramenta para que o Estado possa reduzir a desigualdade social e a pobreza, sim, não apenas como forma de suporte financeiro, mas com base nas peculiaridades sociais próprias, por meio de instrumentos de tributação que permitam a cobrança em maior proporção daqueles que efetivamente tenham maior capacidade contributiva. Ultrapassa-se a concepção de que há o direito de propriedade pré-Estado, a análise de justiça será feita em conformidade com o destino que será dado às receitas públicas e o papel desempenhado pelas rendas entre os indivíduos, considerados dentro do contexto comunitário.

⁴⁶⁷ Marcus Faro afirma que o sistema tributário reflete o poder coercitivo do Estado de intervenção indireta. FARO, Marcus. **A administração da justiça e os reflexos na economia**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/459/640>>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁴⁶⁸ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 72.

Há nítido descompasso entre a concepção tradicional de que o sistema tributário serve apenas para resguardar os direitos dos contribuintes contra o Estado para incluir, também, o direito do Estado arrecadar para fazer frente às demandas sociais por meio de serviços públicos⁴⁶⁹. Busca-se uma conformação funcional ao tributo de modo que sejam ajustados os ideais de bem-estar social à persecução do lucro, tais como a redistribuição de renda, a redução das desigualdades sociais, bem como o abastecimento dos cofres públicos para custeio das prestações positivas. É que a sociedade precisa estar comprometida com a promoção das liberdades substantivas de todos os indivíduos e, enquanto houver pobreza e privação de liberdade, dever-se-á atribuir peso maior aos interesses dos mais pobres. Consectariamente, “uma das conseqüências claras dessa concepção é a possibilidade de que um movimento em direção à justiça acarrete uma perda significativa de renda e riqueza para os que estão no topo da escala social”⁴⁷⁰. Nessa linha, propõe-se uma releitura do sistema tributário a partir da reconceituação de propriedade privada. O sistema fiscal não deve ser avaliado de acordo com os reflexos na “propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e validade independentes. Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade”⁴⁷¹.

A propriedade deve ser considerada como convenção social⁴⁷², no sentido de que ela existe apenas dentro de um contexto e somente adquire sentido quando introduzida e vista conjuntamente com os direitos de terceiros. Nesse sentido, os

⁴⁶⁹ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁷¹ *Idem*, p. 11.

⁴⁷² Para esclarecer o conceito de propriedade convencional, “quando estão suficientemente arraigadas, a maioria das convenções adquire a aparência de norma da natureza: seu caráter convencional se torna indivisível. É por esse motivo, entre outros, que elas têm tanta força – uma força que não teriam se não fossem a tal ponto interiorizadas pelas pessoas. Podemos tomar outro exemplo bastante difundido: as convenções que definem os papéis diferenciados dos homens e das mulheres em qualquer sociedade. A existência dessas convenções pode ter motivos bons ou ruins, mas isso não nos importa agora; o essencial é que, ao avaliá-las, evite-se cometer o erro de apresentar como justificativa aqueles mesmos direitos ou normas aparentemente naturais que na verdade não passam de efeitos psicológicos da interiorização das próprias convenções. Se as mulheres estão sempre subordinadas aos homens, é inevitável que a submissão passe a ser considerada uma característica e uma virtude natural das mulheres e que essa percepção seja por sua vez utilizada para justificar o domínio masculino”. MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 12-13.

tributos não podem significar apenas o suporte financeiro do Estado, mas devem ser lidos como ferramenta para a redução da privação de liberdade dos indivíduos: “não se pode nem justificar nem criticar um regime econômico tomando-se como norma independente algo que, na verdade, é uma consequência desse regime”⁴⁷³.

E é assim porque a relação jurídico-tributária conecta-se com uma série de outras relações, como a de propriedade e a financeira, todas alinhadas aos propósitos da Constituição. Por isso, o primeiro dos equívocos apontados no sistema tributário liberal e a leitura unilateral e isolada da justificação e da fundamentação da relação jurídico-tributária refere-se à concepção da igualdade tributária, no sentido de que as pessoas que se encontrem na mesma situação financeira devam arcar com a mesma carga para os cofres públicos.

A justiça tributária deve ser conferida de modo entrelaçado com o destino que o governo dá aos recursos públicos, critério este que não está incorporado nesta concepção de igualdade tributária⁴⁷⁴.

É nesse sentido que se diz que o imposto deve ser enxergado como dever fundamental, como “o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado”⁴⁷⁵.

Por outro lado, o Estado não é e não deve ser o único agente a promover os anseios sociais. A própria sociedade pode e deve cumprir com essa meta. O tributo, nesse contexto, serve para que o Estado promova a solidariedade, não sendo, todavia, o único responsável por este mister.

A afirmação de que a solidariedade não será promovida unicamente pelo Estado, mas, contrariamente, deverá ser compartilhada pelos membros da sociedade, tem o efeito de afastar a argumentação de que este objetivo público

⁴⁷³ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

⁴⁷⁴ Outro problema da equidade vertical consiste no fato de que “está implícita uma concepção de governo como um prestador de serviços cujas exigências de pagamento intrometem-se indevidamente numa economia de mercado capitalista do tipo *laissez-faire*, a qual supostamente produziria uma distribuição legítima dos direitos da propriedade”: “Justa partilha dos ônus tributários entre os indivíduos, uma partilha avaliada a partir daquela base”. *Ibidem*, p. 21.

⁴⁷⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

respalda qualquer majoração tributária sem prévio estudo e demonstração dos gastos públicos, bem como dos impactos que provocam no contribuinte.

Thomas Nagel e Liam Murphy também reconhecem a relevância que a soma dos tributos possui no comportamento individual e defendem a ideia de que o sistema fiscal e a política de benefícios para o bem-estar não podem desencorajar as pessoas de participar da produção capitalista, ou seja, de buscar empregos ou abrir negócios. Isto é, a carga tributária não pode ser tão alta que desestimule “as pessoas a trabalharem mais ou a optarem por profissões mais bem remuneradas”⁴⁷⁶.

O equilíbrio entre um sistema tributário que promova a redução das desigualdades e a privação de liberdade, por meio de uma arrecadação suficiente para o custeio das ações públicas consideradas importantes, é de difícil mensuração e formulação matemática. Liam Murphy e Thomas Nagel afirmam que “o desenvolvimento de uma concepção de justiça compatível com o capitalismo e realizável dentro da democracia é uma tarefa intelectual difícilíssima”⁴⁷⁷. Isso significa que a referência sem demonstração compreensível aos jurisdicionados acerca dos arranjos redistributivos representa ausência de decisão democrática.

O objetivo não é determinar, neste momento, todos os parâmetros de uma tributação adequada ao Estado de bem-estar, até mesmo porque isto depende da análise de cada quadro social, bem como das prioridades escolhidas pela sociedade. O importante da reflexão ora trazida é que para ser possível a instituição de um sistema tributário que sirva aos propósitos da redução das desigualdades e da pobreza são necessários alguns ajustes nas concepções básicas das balizas da justiça tributária e de propriedade.

A Constituição da República brasileira de 1988 assegura direitos sociais aos indivíduos, especialmente o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao

⁴⁷⁶ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 258. No decorrer da obra “O mito da propriedade”, os autores chegam a sugerir o aumento da carga tributária sobre a herança e a renda, bem como a diminuição sobre o consumo. No entanto, a formação de um sistema com regras não será objeto do trabalho, mas apenas a reflexão sobre as premissas que devem nortear sua instituição.

lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados. No diploma político, para assegurar o cumprimento dos programas, a própria carta Magna reserva espaço para instituir a “Política Urbana” e a “Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, nos artigos 182 e 191, em que são estabelecidos os parâmetros para a regulação do espaço urbano e a garantia “do bem-estar de seus habitantes”, bem como o regime de desapropriação para fins de reforma agrária, o que visa ao resguardo do direito à moradia.

Estabelece, da mesma forma, os contornos normativos para implementação das políticas públicas de seguridade, previdência e assistência sociais e saúde, prevendo a abrangência universal do benefício, os requisitos para o gozo, as formas de arrecadação para custeio dos serviços públicos relacionados, bem como a assistência social, sem contraprestação, relativa “à proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, ao amparo às crianças e adolescentes carentes, à promoção da integração ao mercado de trabalho, à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

Do mesmo modo, a Constituição da República brasileira institui regras gerais relativas aos campos da educação, cultura e desporto, do meio ambiente, da família, da criança e do adolescente, tutelando o acesso universal à educação, a disposição das unidades de ensino, o sistema de proteção ambiental e as respectivas competências para regulação, assim como a proteção à estrutura familiar e à criança.

A confluência de todos esses fatores pôde qualificar o Brasil no sentido de comportar o *welfare state* institucional redistributivo, porquanto garantiria a qualquer indivíduo o acesso a serviços públicos que atendessem não apenas a necessidades limítrofes de sobrevivência, mas, também, a padrões sociais de construção familiar, cultural e educacional, além de prever que o gozo de tais direitos, em regra, se desse independentemente do vínculo com o mercado⁴⁷⁸. Todavia, a fim de conferir

⁴⁷⁸ “A Constituição Brasileira de 1988 consagrou a expressão Seguridade Social, até então oficialmente inexistente, para consignar um padrão de proteção social que se queria abrangente e redistributivo, de certa forma coroando um ciclo de críticas e debates que desde fins dos anos 70 se

se é este o modelo aplicado pelo governo, é necessária a análise da alocação de recursos na sociedade, bem como a estruturação do sistema tributário⁴⁷⁹.

No Brasil, conforme explica Mizabel Derzi⁴⁸⁰, os tributos têm a função de custeio dos serviços do Estado destinados à proteção dos 'direitos fundamentais' e à realização da justiça social.

Essa premissa legitima o Estado a 'expropriar' a propriedade privada com a instituição de tributos, encontrando no princípio da capacidade contributiva⁴⁸¹ os seus limites de atuação de modo a não incorrer em confisco⁴⁸².

Os princípios constitucionais no estado brasileiro que fundamentam a normatização do processo de arrecadação levam em conta a liberdade contratual e a propriedade, de acordo com os quais o sistema tributário é compreendido como

desenvolvera em torno da Previdência. Na agenda de transição para a democracia, as políticas sociais se revestiram de um caráter salvacionista – expresso no slogan adotado pelo primeiro governo da Nova República, o ' tudo pelo social', para elas convergindo o 'ímpeto reformista' do momento. O conceito de seguridade, a universalidade da cobertura e do atendimento, a uniformidade dos benefícios, a seletividade e a distributividade da proteção, a irredutibilidade dos valores pagos, a equidade na forma da participação no custeio, a diversificação da fase de financiamento, o envolvimento da comunidade nas decisões e o caráter democrático e descentralizado da gestão foram princípios inscritos na Carta que, sem dúvida, responderam aos anseios mudancistas manifestos por vários segmentos da sociedade. VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 138.

⁴⁷⁹ A é a forma indireta coercitiva pela qual o Estado estabelece a relação entre o direito e a economia e a forma de resguardar direitos. "Intervenção direta coercitiva: Licenciamento, vedações, cláusulas de interesse público, incluídas em contratos privados; Direta (coercitiva) Sistema tributário; Fiduciária: mercado aberto (juros) e mercado financeiro internacional (câmbio)". CASTRO, Marcus Faro de. A administração da justiça e os reflexos da economia. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 17, p. 10-18, abr./jun. 2002, p. 15.

⁴⁸⁰ BALEEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel (atual). **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42-43.

⁴⁸¹ De acordo com Roque Carrazza: "O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito, pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menos riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza". CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 77.

⁴⁸² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 163.

um rol de garantias dos contribuintes que os protegem de não serem ‘invadidos’ ilegítimamente em sua propriedade⁴⁸³.

Assim, o estudo do sistema tributário brasileiro, salvo raras exceções de autores, é realizado de modo fechado no próprio conjunto de princípios para resguardar o contribuinte da ação do Estado, sem levar em consideração a destinação conferida às receitas fiscais, nem sequer correlacionar de forma substancial a arrecadação e o gasto público⁴⁸⁴.

O exame da concretização do modelo necessita abordar os gastos sociais⁴⁸⁵ destinados à promoção do sistema de proteção social, visto que que ele apresenta esquemas sofisticados de distribuição de renda, repassando “significativas parcelas do PIB em ações e programas sociais. Mediante uma intrincada rede de tributos,

⁴⁸³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Planejamento fiscal: elisão e evasão fiscal**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de direito tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 320.

⁴⁸⁴ “De um lado, há a maioria dos juristas que pesquisam o direito tributário, cujo pensamento (de perfil ainda preponderantemente positivista) dá conta de que a tributação pode ser compreendida apenas mediante uma interpretação das normas jurídicas de imposição fiscal. No Brasil, por exemplo, prestigiados autores (ATALIBA 2002; BECKER, 1972), ao final do século XX, ou seja, diversos decênios após a interdisciplinar proposta de uma sociologia fiscal vir à baila, não apenas circunscrevem seus objetos de estudo à norma jurídica, mas entendem que só seria científico o discurso que se pautasse, apenas, por um tipo específico de enunciado deontológico, qual seja, aquele referente à arrecadação fiscal, de maneira que a ciência do direito tributário não poderia, em nome do seu rigor metodológico, estudar sequer os ditames jurídicos atinentes aos gastos públicos, os quais se reservariam ao direitos financeiro ou administrativo, conforme o caso. TAVARES, Francisco Mata Machado. **A dimensão política da crise fiscal dos Estados contemporâneos: um estudo sobre o potencial de democracia deliberativa para a coibição das concorrências tributárias danosas**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2008, p. 19.

⁴⁸⁵ “Uma definição mais ampla do gasto social incluiria tanto as atividades do setor público quanto as levadas a cabo pelo setor privado da economia, compreendendo estas o emprego de recursos próprios das famílias, das empresas privadas e das organizações não governamentais. Para estudar especificamente a atuação do Estado, aplica-se o conceito de Gasto Público Social (GPS), que compreende os recursos financeiros brutos empregados pelo setor público no atendimento de demandas sociais e que corresponde ao custo de bens e serviços – inclusive bens de capital – e transferências, sem deduzir o valor de recuperação – depreciação e amortização dos investimentos em estoque, ou recuperação do principal de empréstimos anteriormente concedidos. Os dispêndios diretamente efetuados pelo governo federal, bem como a transferência negociada de recursos a outros níveis de governo – estadual e municipal – ou a instituições privadas, referentes a programas e ações desenvolvidas nas áreas de atuação sociais, são denominados de Gasto Social federal (GSF)”. CASTRO, Jorge Abrahão de. et al. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5695/1/NT_n11_Gasto-social-federal-prioridade_Disoc_2012-set.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

transferência e provisão de bens e serviços, recursos são distribuídos e redistribuídos em múltiplos sentidos, entre ricos e pobres”⁴⁸⁶.

Atualmente, o cenário do gasto público continua em ampliação para custeio da majoração das despesas correntes, sem haver, do mesmo modo, o direcionamento dos gastos públicos para a esfera social na mesma medida⁴⁸⁷.

O que se tem é, de um lado, o aumento da carga tributária, em especial das contribuições sociais, com a justificativa de que é preciso aumentar a arrecadação para dar conta da demanda social, e, de outro, aumento do gasto social, mas não na proporção do aumento da carga, e direcionamento de recursos para gastos financeiros para atendimento de políticas fiscais restritivas ou expansivas, referentes a pagamento de juros reais e contenção da inflação. Por outro lado, apenas uma pequena fatia da sociedade é contemplada com o gasto social, o que conflita com a justificativa de aumento de tributo para a redução de imposição tributária.

Apesar de o objetivo do trabalho não ser demonstrar a pertinência ou a impertinência do gasto público, a proposta deste tópico é revelar que o discurso de aumento de tributo desacompanhado da sua justificação com o gasto público contribui para quadro de deficiência democrática e aumento de tributação irracional. O juiz precisa compreender essa dinâmica para enfrentar discussões de natureza tributária.

A democracia representativa tem íntima relação com a ideia de uma tributação “criteriosa e igualitária”. O passar do tempo nos dá conta de que o ideal

⁴⁸⁶ CASTRO, Jorge Abrahão de. et al. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1324.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

⁴⁸⁷ “Os resultados indicam que o Estado contribui diretamente para uma grande fração da desigualdade. Fatores associados ao trabalho no setor público – salários e Previdência – são muito concentrados e regressivos. Fatores relacionados ao setor privado também são concentradores, porém progressivos. Mecanismos redistributivos que poderiam reverter esta desigualdade, como tributos diretos e assistência social, são muito progressivos, mas seu volume é proporcionalmente pequeno; conseqüentemente, seu efeito positivo é completamente anulado pelas transferências regressivas do Estado. Ao contrário do que ocorre em outros países, o gasto público com trabalho e políticas sociais é concentrado em uma pequena população e, em seu conjunto, tende a aumentar a desigualdade”. MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro. **Gasto público e desigualdade de renda no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18638>. Acesso em: 20 out. 2016.

não está, necessariamente, sendo satisfeito ou, no mínimo, o contribuinte não tem a sensação de efetiva representação. Essa assertiva embasa-se no número de discussões judiciais no Supremo Tribunal Federal no que tange ao recolhimento de tributos⁴⁸⁸.

Ricardo Lobo Torres⁴⁸⁹ afirma que a solidariedade tem importância ímpar no campo da capacidade contributiva. A solidariedade deve nortear a tributação de modo que esta seja realizada em respeito à capacidade contributiva de cada cidadão. Assim, a carga tributária maior recairá sobre os mais ricos, e os menos avantajados serão desonerados. O princípio estrutural da solidariedade se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro após a prolação de dois acórdãos pelo Supremo Tribunal Federal. O primeiro, referente ao julgamento da constitucionalidade do FINSOCIAL (RE 150764), foi o momento em que a Corte definiu que a sociedade deveria financiar solidariamente a seguridade social. O segundo foi à ocasião da definição pelo Tribunal de que os servidores inativos deveriam, também, contribuir para a seguridade social (ADIs 3105 e 3128). Sustenta que após a introdução do princípio da solidariedade, o seu núcleo deixou de ter a lógica de grupo e de custo/benefício, e passou a ter relação com a capacidade contributiva, de modo que as contribuições sociais passaram a se aproximar cada vez mais dos impostos.

Humberto Ávila⁴⁹⁰ prescreve que a solidariedade social não pode ser o único e exclusivo fundamento justificador da tributação. Para o autor, o princípio da solidariedade não autoriza o Estado a instituir contribuições sociais de maneira ilimitada. No que tange às regras de competência tributária, a Constituição Federal de 1988 impõe limites ao legislador ordinário que o Supremo Tribunal Federal chamou de “balizas constitucionais” que não podem ser ultrapassadas quando da instituição de tributos. A falta de receita jamais poderá ser utilizada como argumento válido a legitimar a tributação justificada pela realização dos ideais de solidariedade.

⁴⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo em ação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? In GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 200-203.

⁴⁹⁰ ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005 p. 69-87.

4.2 O NÚCLEO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: A ESCOLHA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

O poder de tributar é limitado, e o limite ancora-se em princípios tributários oriundos da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem, na função do tributo na sociedade e no conteúdo das regras de imposição.

Martin Collet⁴⁹¹ enaltece a preocupação contínua com o caráter democrático do tributo, relativa à aprovação do contribuinte previamente à sua cobrança. O princípio do consentimento consiste na ideia de que o tributo não pode ser exigido sem a anuência do contribuinte. E o Estado justifica a relevância do seu papel na definição dos gastos e da forma como os valores para custeá-los serão estabelecidos⁴⁹².

A Magna Carta 1215, referenciada como o marco do parlamentarismo e do constitucionalismo⁴⁹³, é categórica no comando direcionado àquele que possui o poder de exigir o tributo: não haverá tributação sem representação. Na França, o postulado consiste no pacto pelo consentimento livre dos contribuintes à tributação.

A Constituição brasileira confere os limites nos seguintes termos: o Executivo exercerá o poder de tributar, contando com a anuência do Legislativo. Essa engenharia indica que o fórum principal para o exercício do jogo democrático quanto à nova exação tributária é o legislativo. Por outro lado, no direito brasileiro, há uma quantidade extensa de normas elaboradas pelo Executivo que regulamentam os conceitos, por vezes abertos, das normas tributárias, que, por vezes, objetivam a esquiva da legalidade⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ COLLET, Martin. *Droit fiscale*. 6. ed. Paris: Themis, 2017, p.35.

⁴⁹² TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do Direito Tributário. *In Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, jan./jun., 2006, p. 238.

⁴⁹³ COLLET, Martin. *Droit fiscale*. 6. ed. Paris: Themis, 2017, p. 38.

⁴⁹⁴ ROSENBLATT, Paulo. *Competência regulamentar no direito tributário brasileiro: estratégias de flexibilização da legalidade e controle judicial*. Dissertação de mestrado em direito público. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2005, p. 109.

Por tributo, considera-se exação compulsória em dinheiro por uma autoridade pública, para propósitos públicos, dotada de força por lei, não sendo considerada pagamento por serviços específicos⁴⁹⁵.

O conceito de tributo afasta a entrega de serviços específicos, salvo os casos das taxas. Isso é preço público. Além disso, as hipóteses de incidência devem estar previstas em lei, sob pena de não se caracterizar o tributo. Não há situações que devam ser tributadas sem a prévia descrição em lei. Isso significa que a tributação não pode advir única e exclusivamente da situação concreta. É por isso que a capacidade contributiva, desacompanhada da existência de lei em sentido estrito, não pode justificar a tributação.

Tributo também se distingue por não decorrer de sanções, não sendo, pois, penalidade. Outro aspecto da limitação ao poder de tributar refere-se à impossibilidade de exigência fiscal de forma arbitrária ou caprichosa⁴⁹⁶. O sistema fiscal também deve promover a segurança jurídica, objetivo que decorre do Estado de Direito, opostamente ao estado do arbítrio. Isso permite garantir ao jurisdicionado saber quando e quanto deverá pagar o tributo, e quando não deverá recolher dinheiro aos cofres públicos. A lei precisa ser clara e permitir ao contribuinte o conhecimento das regras⁴⁹⁷.

O estado de direito⁴⁹⁸ deve ser composto por leis prospectivas, públicas e transparentes, e dotadas de certa estabilidade; o mesmo deve ocorrer na elaboração de normas e leis. Eis o núcleo sintetizado da segurança jurídica, a ser desdobrada adiante.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Sistema Tributário Nacional em que são disciplinadas as regras e os princípios que limitam, procedimental e

⁴⁹⁵ GORDON, Michelle. *The commonwealth's taxing power and its limits: are we there yet*. Disponível em: <http://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0013/1700122/36_3_7.pdf>, 2012, p. 34. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ O sociólogo Guillermo O'Donnell aborda o sentido de direito e expressa a segurança jurídica como o centro da própria conceituação de direito. O'Donnell, Guillermo. **Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 116.

materialmente, o exercício do poder de tributar⁴⁹⁹. As limitações constitucionais ao poder de tributar estão descritas na Constituição Federal e consistem em *standards* de observância obrigatória aos entes tributantes.

A democracia representativa tem íntima relação com a ideia de uma tributação “criteriosa e igualitária”. O passar do tempo nos dá conta de que o ideal não está, necessariamente, sendo satisfeito ou, no mínimo, o contribuinte não tem a sensação de efetiva representação. Essa afirmação decorre do número de discussões judiciais no Supremo Tribunal Federal no que tange ao recolhimento de tributos⁵⁰⁰.

Nesse cenário de multiplicidade de discussões tributárias, após o exame funcional do tributo no estado de bem-estar, serão apresentadas neste trabalho as garantias materialmente mais relevantes do conjunto de limitações constitucionais ao poder de tributar elencadas na Constituição.

Quando se afirma que se abordará as mais relevantes limitações ao poder de tributar, não significa que as limitações previstas constitucionalmente sejam menos importantes na formatação do sistema, mas que se referem a aspectos formais. Essa escolha apenas se dá pela dificuldade, já detectada por Luciano Felício Fuck⁵⁰¹, de o STF enfrentar as limitações constitucionais materiais, justamente pela dificuldade de a Corte trabalhar com dados extrajurídicos necessários para o enfrentamento dos aludidos temas. O fato, no entanto, de ser difícil a análise de questões como essas justifica a abordagem pretendida, cuja proposição é identificar elementos e possibilidades para, de um lado, concretizar tais limitações ao poder de tributar e, de outro, afastar decisões arbitrárias.

⁴⁹⁹ FUCK, Luciano Felício. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 226 e ss.

⁵⁰⁰ A afirmação das razões que levam ao questionamento do pagamento de tributos no Brasil deve ser apurada com base em metodologia própria das ciências sociais, como estudo etnográfico ou jurimetria, as quais não são objeto deste trabalho.

⁵⁰¹ FUCK, Luciano Felício. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 261.

4.2.1 A capacidade contributiva como garantia de proteção ao exercício dos direitos pelos indivíduos

A capacidade contributiva encontra previsão no art. 145, § 1º da Constituição Federal e, conforme referido dispositivo, os impostos, sempre que possível, “terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais”, além do patrimônio e dos rendimentos, as atividades econômicas desempenhadas.

A regra geral tributária determina que a capacidade contributiva deve ser observada sempre que possível no Brasil. A padronização é, portanto, exceção a essa regra, uma vez que autoriza a tributação a partir de presunções⁵⁰².

A Constituição brasileira propõe diversos instrumentos para conformar a imposição fiscal com os vetores da justa distribuição da renda e do patrimônio. Mas, conforme afirma Klaus Tipke, “o Brasil pertence, todavia, àquele grupo de países em que a Constituição e a realidade constitucional claramente divergem”⁵⁰³.

Como a Constituição Federativa do Brasil de 1988 prevê a capacidade contributiva apenas para os impostos, a leitura literal do texto constitucional que faz esta previsão afasta a possibilidade de inseri-la como pano de fundo dos demais tributos, como taxas, contribuições de melhoria e contribuições. Para Geraldo Ataliba⁵⁰⁴, por exemplo, apesar de esses tributos não se sujeitarem ao princípio da capacidade contributiva, sujeitam-se ao princípio da igualdade, o qual contempla o sentido de capacidade contributiva que tem previsão constitucional expressa para os impostos.

No que diz respeito à aplicação da capacidade contributiva a outros tributos

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

⁵⁰³ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 46.

⁵⁰⁴ DOMINGUES, José Marcos. O princípio da capacidade contributiva, o acesso à justiça e outros desafios à Jurisprudência do Supremo Tribunal. **Estudo de Caso**: o Imposto sobre Serviços, a Locação de coisas e o afretamento de embarcações. In GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (org.). Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 104.

que não os impostos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é consistente em um sentido claro. Um dos mais recentes julgados em que aplicada a capacidade contributiva a tributos além do imposto foi a ADI 4697⁵⁰⁵, na qual foi realizado o cotejo da contribuição parafiscal de categorias profissionais: “a Lei 12.514/2011 ora impugnada observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física”. Outro caso relevante é o RE 598.572⁵⁰⁶, em que o princípio da capacidade contributiva foi aplicado às

⁵⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011. 1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. Precedentes: MS 10.272, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 11.07.1963; e MS 22.643, de relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 04.12.1998. 2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. Precedente: ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003. 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie “contribuições de interesse das categorias profissionais”, nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedente: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001. 4. Não há violação à reserva de lei complementar, porquanto é dispensável a forma da lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Precedentes. 5. Em relação à ausência de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à Medida Provisória 536/2011 e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, verifica-se que os efeitos de entendimento da ADI 5.127, de relatoria da Ministra Rosa Weber e com acórdão por mim redigido, não se aplica à medida provisória editada antes da data do julgamento, uma vez que a este foi emprestada eficácia prospectiva. 6. A Lei 12.514/2011 ora impugnada observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física, assim como por haver diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social da pessoa jurídica contribuinte. 7. Não ocorre violação ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/11. 8. No tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. Doutrina. 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes. (ADI 4697, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017)

⁵⁰⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIO. INSTITUIÇÕES

contribuições previdenciárias majoradas para as instituições financeiras.

Aplicada a todos os tributos, há quem elenque a capacidade contributiva como o mais importante dos princípios da justiça tributária, na medida em que ele é o que possibilita ao legislador a tributação da riqueza do cidadão de acordo com sua possibilidade econômica. Representa o espaço jurídico aberto pelos direitos fundamentais para a tributação exercida sobre os direitos de propriedade e de livre exercício da profissão⁵⁰⁷.

A metodologia do emprego da tributação consubstancia-se, mais contemporaneamente, na capacidade contributiva em detrimento da equivalência. Pela ideia de equivalência, o tributo custeia os gastos públicos; já pela capacidade contributiva, tem-se a tributação ajustada à possibilidade econômica do indivíduo de custear o encargo tributário, considerado o custo deste indivíduo para o Estado, a partir de uma perspectiva individual.

A capacidade contributiva embasa-se na capacidade econômica do contribuinte em assumir o encargo, para evitar que o pagamento do tributo implique em impedi-lo de arcar com as despesas necessárias à subsistência. Como próprio

FINANCEIRAS E ASSEMELHADAS. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE 2,5%. ART. 22, §1º, DA LEI 8.212/91. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a lei complementar para instituição de contribuição social é exigida para aqueles tributos não descritos no altiplano constitucional, conforme disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição da República. A contribuição incidente sobre a folha de salários esteve expressamente prevista no texto constitucional no art. 195, I, desde a redação original. O artigo 22, § 1º, da Lei 8.212/91 não prevê nova contribuição ou fonte de custeio, mas mera diferenciação de alíquotas, sendo, portanto, formalmente constitucional. 2. Quanto à constitucionalidade material, a redação do art. 22, § 1º, da Lei 8.212 antecipa a densificação constitucional do princípio da igualdade que, no Direito Tributário, é consubstanciado nos subprincípios da capacidade contributiva, aplicável a todos os tributos, e da equidade no custeio da seguridade social. Esses princípios destinam-se preponderantemente ao legislador, pois nos termos do art. 5º, caput, da CRFB, apenas a lei pode criar distinções entre os cidadãos. Assim, a escolha legislativa em onerar as instituições financeiras e entidades equiparáveis com a alíquota diferenciada, para fins de custeio da seguridade social, revela-se compatível com a Constituição. 3. Fixação da tese jurídica ao Tema 204 da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis, após a edição da EC 20/98.” 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 598572, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016)

⁵⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. *In Direito Tributário*. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 434.

de todo princípio, a capacidade contributiva é indeterminada, mas, conforme pontuado e lembrado por Klaus Tipke⁵⁰⁸, não é indeterminável. Se a capacidade contributiva objetiva o estabelecimento de tributo que possa ser suportado pelo contribuinte, este princípio deve ser complementado pela igualdade no encargo, o que significa dizer o seguinte: o simples fato de um contribuinte ser capaz economicamente de assumir o encargo não legitima por si só a exação, devendo haver equalização a partir de exigência similar em relação aos demais contribuintes que se encontrem em situação semelhante.

No estado democrático de direito, na opinião de Betina Grupenmacher⁵⁰⁹, só é admissível que incida tributação sobre as manifestações de capacidade contributiva do cidadão, de modo a preservar seus direitos fundamentais de acesso a bens de consumo para a sua subsistência. A tributação da capacidade econômica do contribuinte de satisfação de suas necessidades básicas é incompatível com a manutenção da dignidade do indivíduo, pois impede que ele tenha recursos mínimos para seu sustento e o de sua família.

A intributabilidade do mínimo existencial deveria ser reconhecida como corolário da capacidade contributiva, como forma de superação do olhar formalista da tributação. Deve haver a correspondência entre a perspectiva jurídica e a econômica para permitir que a consequência seja considerada no questionamento dos tributos. O direito serve a algo e, na relação Estado-indivíduo, quanto ao pagamento de impostos, o alcance da lei deve observar a concretização da capacidade contributiva e da isonomia⁵¹⁰.

Já havia a referência à capacidade contributiva como limitadora da tributação ou como instrumento de proteção do mínimo existencial em Geraldo Ataliba⁵¹¹. Em verdade, não se pode dizer que haja capacidade contributiva quando o contribuinte gasta tudo o que ganha para sobreviver. A capacidade contributiva, para fins de

⁵⁰⁸ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 24.

⁵⁰⁹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In FISCHER, Octavio Campos (org.). **Tributos e direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 13-16.

⁵¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In **Direito tributário**. V. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 435.

⁵¹¹ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. In **Revista de Direito Tributário**, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 116.

tributação pelo imposto de renda, deve estar sujeita ao enriquecimento e efetivo aumento de patrimônio do contribuinte.

Para dar reforço à força da capacidade contributiva, a proibição de excesso na tributação não é uma característica intrínseca da capacidade contributiva. É, de fato, limitação constitucional quantitativa e decorre dos direitos fundamentais, independentemente da capacidade contributiva, mas por ela reforçada. A cobrança de tributo além do limite definido pelo espectro de atuação econômica do contribuinte é suscetível de controle jurisdicional.

Em outras palavras, é como se o princípio da capacidade contributiva consistisse em uma das ferramentas pelas quais a dignidade da pessoa humana e da liberdade se concretizassem. No plano econômico, por meio da observância à capacidade contributiva, o Estado efetua escolhas de tributação de modo a fazer com que o indivíduo mantenha riqueza suficiente para a satisfação de direitos cujo usufruto dependa diretamente de recursos financeiros.

O Estado pode fornecer os bens por meio de transferência, ou pode permitir que o indivíduo explorasse a atividade econômica e não a tribute até o montante necessário à satisfação do mínimo existencial. Nessa perspectiva, a reflexão levada a efeito por Marcos Faro de Castro⁵¹² sobre a interpretação das regras jurídico-tributárias — segundo ele, o sistema tributário deve estar articulado de tal modo que permita a fruição empírica e concreta dos direitos fundamentais. Não se pode falar em crescimento econômico sem que o Estado salvguarde os direitos mínimos dos indivíduos, seja do ponto de vista do direito de consumir.

A capacidade contributiva não se confunde com a capacidade econômica: um indivíduo pode ter condições econômicas, no sentido de alto poder para promover trocas econômicas, o que não significa, automaticamente, que tenha capacidade contributiva. Esta deve ser examinada frente aos parâmetros de gasto para usufruto dos direitos econômicos resguardados ao indivíduo, tais como alimentação, saúde,

⁵¹² CASTRO, Marcus Faro de. **Direito, tributação e economia no Brasil**: aportes da análise jurídica da política econômica. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/007.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

educação⁵¹³.

A tributação da “capacidade econômica” deve ser conectada à capacidade daquilo que é efetivamente auferido, não à capacidade, em abstrato, de aferição. A capacidade econômica impede tributação redistributiva; antes da tomada de decisão política por onerar mais ou menos determinado contribuinte, devem ser examinadas as razões pelas quais o desnível se dá. Isso porque “as causas pelas quais alguém não consegue participar, ou não participa de forma suficiente, dos processos privados de distribuição remetem às razões que justificam as desigualdades ou aos possíveis auxílios”⁵¹⁴.

A tradição clássica do direito tributário procura desconectar o direito do seu efeito econômico. Nesse sentido, é a teoria proposta por Geraldo Ataliba⁵¹⁵, por exemplo, ao discorrer e propor a hipótese de incidência e seus respectivos aspectos como suficientes para a definição de consequências jurídico-tributárias.

Este aspecto da tradição jurídica clássica chegou a ser questionado. Houve uma relevante construção no direito tributário, que é a preponderância das análises e discussões jurídicas que focavam as características formais e linguísticas do texto da lei (aspectos da hipótese de incidência), em detrimento das discussões substanciais, o que acarretou o uso da semiótica politicamente aceitável. Discutir com a autoridade aspectos sintáticos e semânticos e trazer questões vinculadas à hierarquia (das normas) era seguro, vez que cogitar o exercício da autoridade fiscal do Estado dar-se-ia sem grandes riscos. Opostamente, as discussões sobre isonomia, capacidade contributiva e distorções de fato no viés da concorrência pela multiplicidade de interpretações tributárias; receitas, despesas e operações de crédito estatais; atividades e competências do Estado e políticas públicas eram

⁵¹³ A discussão sobre a coincidência semântica entre capacidade econômica e capacidade contributiva é abordada por Micaela Dutra em DUTRA, Micaela Domingues. **A capacidade contributiva: análise à luz dos direitos humanos e fundamentais**. Brasília: Instituto de Direito Público. Mestrado em Direito Constitucional, 2008, p. 23.

⁵¹⁴ KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 38.

⁵¹⁵ ATALIBA, Geraldo. **A hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005, p. 125.

temáticas pouco ou nada trabalhadas⁵¹⁶.

É importante registrar que não se defende, até mesmo porque seria incoerente com os demais pontos e argumentos apresentados neste trabalho, que a intenção econômica na perspectiva da autoridade administrativa fiscal, por exemplo, seja uma forma adequada para a interpretação econômica dos fatos com a finalidade de aplicação da consequência tributária. A interpretação econômica é viabilizada quando dialoga com regras jurídicas previstas no texto. Quando é invocada puramente para justificar uma tributação, e sem prova de que aquela escolha seja a “melhor” para o interesse público, igualmente, tem-se a falácia, pois o discurso não justifica e, assim, não é democrático.

No entanto, a interpretação puramente econômica, dissociada dos postulados jurídicos, não é suficiente para gerar no Estado o direito de cobrar tributos. No julgamento de *leading case*, foi consignado ser importante dizer não se adota “tese da interpretação econômica no direito tributário, o que enfraqueceria a segurança jurídica, mas, também, não se predica o primado do privado como o único critério a nortear a interpretação do texto constitucional”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro, *In* RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229.

⁵¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 156, III, CRFB/88. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ARTIGOS 109 E 110 DO CTN. AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (PLANO DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE) REALIZAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SUJEITA AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA-ISSQN, PREVISTO NO ART. 156, III, DA CRFB/88. 1. O ISSQN incide nas atividades realizadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (Plano de Saúde e Seguro-Saúde). 2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional. 3. O Direito Constitucional Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito

específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado. 7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço, permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos. 8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional. 9. A Constituição posto carente de conceitos verdadeiramente constitucionais, admite a fórmula diversa da interpretação da Constituição conforme a lei, o que significa que os conceitos constitucionais não são necessariamente aqueles assimilados na lei ordinária. 10. A Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o literal até o sistemático e teleológico, sendo certo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade. 11. A interpretação isolada do art. 110, do CTN, conduz à prevalência do método literal, dando aos conceitos de Direito Privado a primazia hermenêutica na ordem jurídica, o que resta inconcebível. Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos. 12. A unidade do ordenamento jurídico é conferida pela própria Constituição, por interpretação sistemática e axiológica, entre outros valores e princípios relevantes do ordenamento jurídico. 13. Os tributos sobre o consumo, ou tributos sobre o valor agregado, de que são exemplos o ISSQN e o ICMS, assimilam considerações econômicas, porquanto baseados em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica. 14. O critério econômico não se confunde com a vetusta teoria da interpretação econômica do fato gerador, consagrada no Código Tributário Alemão de 1919, rechaçada pela doutrina e jurisprudência, mas antes em reconhecimento da interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico, a permitir a incidência do Princípio da Capacidade Contributiva. 15. A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis. 16. A Suprema Corte, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de leasing financeiro e leaseback (RREE 547.245 e 592.205), admitiu uma interpretação mais ampla do texto constitucional quanto ao conceito de “serviços” desvinculado do conceito de “obrigação de fazer” (RE 116.121), *verbis*: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado leaseback. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço. A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do leaseback. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (grifo nosso)(RE 592905, Relator

Para Ricardo Lobo Torres⁵¹⁸, a decisão constitucional de não tributar determinada atividade consiste no respeito a direitos humanos absolutos anteriores

Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2009). 17. A lei complementar a que se refere o art. 156, III, da CRFB/88, ao definir os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS a) arrola serviços por natureza; b) inclui serviços que, não exprimindo a natureza de outro tipo de atividade, passam à categoria de serviços, para fim de incidência do tributo, por força de lei, visto que, se assim não considerados, restariam incólumes a qualquer tributo; e c) em caso de operações mistas, afirma a prevalência do serviço, para fim de tributação pelo ISS. 18. O artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza não os adstringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o Direito Privado, o que contrasta com a maior amplitude semântica do termo adotado pela constituição, a qual inevitavelmente leva à ampliação da competência tributária na incidência do ISSQN. 19. A regra do art. 146, III, “a”, combinado com o art. 146, I, CRFB/88, remete à lei complementar a função de definir o conceito “de serviços de qualquer natureza”, o que é efetuado pela LC nº 116/2003. 20. A classificação (obrigação de dar e obrigação de fazer) escapa à ratio que o legislador constitucional pretendeu alcançar, ao elencar os serviços no texto constitucional tributáveis pelos impostos (v.g., serviços de comunicação – tributáveis pelo ICMS, art. 155, II, CRFB/88; serviços financeiros e securitários – tributáveis pelo IOF, art. 153, V, CRFB/88; e, residualmente, os demais serviços de qualquer natureza – tributáveis pelo ISSQN, art. 156, III, CRFB/88), qual seja, a de captar todas as atividades empresariais cujos produtos fossem serviços sujeitos a remuneração no mercado. 21. Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. 22. A LC nº 116/2003 imbricada ao thema decidendum traz consigo lista anexa que estabelece os serviços tributáveis pelo ISSQN, dentre eles, o objeto da presente ação, que se encontra nos itens 4.22 e 4.23, verbis: “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...) 4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres. 4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.” 23. A exegese histórica revela que a legislação pretérita (Decreto-Lei nº 406/68) que estabelecia as normas gerais aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza já trazia regulamentação sobre o tema, com o escopo de alcançar estas atividades. 24. A LC nº 116/2003 teve por objetivo ampliar o campo de incidência do ISSQN, principalmente no sentido de adaptar a sua anexa lista de serviços à realidade atual, relacionando numerosas atividades que não constavam dos atos legais antecedentes. 25. A base de cálculo do ISSQN incidente tão somente sobre a comissão, vale dizer: a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços, conforme assentado em sede jurisprudencial. 27. Ex positis, em sede de Repercussão Geral a tese jurídica assentada é: “As operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88”. 28. Recurso extraordinário DESPROVIDO”. (RE 651703, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-086 DIVULG 25-04-2017 PUBLIC 26-04-2017)

⁵¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. *In Direito Tributário*. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 437.

à própria Constituição. É que, quando se conceitua capacidade contributiva como a extensão da riqueza suscetível de tributação, sua justificativa está na própria limitação imposta pela concretização de direitos fundamentais, devendo ser obtida a partir da aplicação dos princípios de legitimação do ordenamento tributário, quais sejam, igualdade, ponderação e razoabilidade. Pela ponderação da tributabilidade, considerada uma escolha do Poder Legislativo, em caso de colisão de princípios, prevalece aquele que apresenta o maior peso e que melhor se ajuste aos interesses em jogo⁵¹⁹. Já a razoabilidade na tributação consistiria em uma limitação do exercício do poder de tributar e legítima.

A escolha das imunidades tributárias parece reforçar a concepção de que a capacidade contributiva eleita na Constituição é aquela que observa o impacto da tributação sobre o contribuinte, não unicamente o montante auferido. Por exemplo, por mais que um partido político angarie recursos de alta monta, os gastos para o exercício democrático permitem a proteção da aquisição da disponibilidade econômica, núcleo da materialidade do imposto de renda, em face do exercício da competência tributária pelos entes federativos.

Justamente em razão disso é que as escolhas do poder constituinte derivado sobre as situações de imunidade tributária consideram, também, a capacidade contributiva. Inclusive, a própria noção de que, mesmo havendo, em princípio, capacidade financeira percebida em determinadas situações abarcadas pela imunidade, a proteção do direito fundamental pretendida com a proibição do exercício da competência tributária para materialidades não previstas na Carta Magna é o que verdadeiramente definirá a situação da escolha por tributar, ou não, uma determinada atividade.

A escolha das imunidades tributárias na Constituição parece reforçar a concepção de que a capacidade contributiva eleita na Constituição é aquela que observa o impacto da tributação sobre o contribuinte, não, necessariamente, o montante auferido. É que, por mais que um partido político, por exemplo, angarie recursos de alta monta, o emprego dos gastos para o exercício democrático permite

⁵¹⁹ O uso da ponderação e da razoabilidade, sem densidade, é criticado no trabalho, mas isso não significa que sejam erradas as referências aos termos, tampouco que não possam ser considerados no exercício hermenêutico.

a proteção da aquisição da disponibilidade econômica em face do exercício da competência tributária pelos entes federativos em face do patrimônio, da circulação de mercadorias e da renda.

Chamado, por vezes de decorrente da igualdade, uma primeira acepção, denominada horizontal, determina que pessoas com igual capacidade contributiva sejam tributadas de forma idêntica. Por outro lado, há a vertical, que preconiza a tributação desigual para pessoas com diferentes capacidades contributivas, em grau de “desigualdade” razoável⁵²⁰.

É por isso que uma das formas de enxergar a capacidade contributiva consiste no enquadramento como instrumento normativo que define, em matéria tributária, o próprio direito fundamental à igualdade. Assim, é norma constitucional de eficácia plena e sua aplicação dispensa a regulamentação legislativa. Dela decorrem a proteção ao mínimo existencial do contribuinte e de sua família, bem como do microempreendedor, além da vedação ao confisco. Aplica-se a todos os tributos, não somente aos impostos como pode fazer pensar uma primeira leitura do art. 150, IV, da CF/88. Isso porque a capacidade contributiva nada mais é que um desdobramento do princípio da igualdade, o qual deve ser respeitado em todo o ordenamento tributário, ainda que em diferentes graus de eficácia. O núcleo da capacidade contributiva a ser levado em conta para a tributação é o econômico-contributivo, o qual exclui valores econômicos de mensuração incerta, representados por meras expectativas de direito⁵²¹.

Igualmente, Misabel de Abreu Machado Derzi⁵²² e Regina Helena Costa⁵²³ reputam a capacidade contributiva como um princípio decorrente da igualdade. Do sobreprincípio do estado democrático de direito deriva o princípio da igualdade, e deste, o princípio da capacidade contributiva, ao qual estão subordinados subprincípios como o da não cumulatividade e o da seletividade.

⁵²⁰ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. **Fiscalidade**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 71.

⁵²¹ YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário**: uma visão sistêmica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89-98.

⁵²² DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações**. São Paulo: RT, 1991, p. 163.

⁵²³ COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2012, p. 20.

Paul Kirchhof⁵²⁴ afirma que o princípio da capacidade contributiva é um princípio jurídico, mas com abertura ética. Chega a enquadrá-lo como fonte de valoração do direito, ou seja, carrega máxima para determinar a justiça do direito e concretiza os princípios da liberdade, da igualdade e da garantia da existência digna do indivíduo. A constante majoração de tributos sobre os padrões mais luxuosos de consumo e de acúmulo de renda reforça as desigualdades e fortalece estruturas de autoridade: “antes deve o legislador tributário encarar as diferenças de renda e de patrimônio como resultado do exercício individual da liberdade e ajustar a imposição sobre eles de acordo com estas diferenças”⁵²⁵.

As diferenças na estratificação social não podem ser minimizadas com a tributação, mas com políticas públicas. A tributação em alíquotas majoradas, em si mesma, não significa que o dinheiro será, necessariamente, revertido em prol daqueles que mais necessitem. Essa lógica não funciona para o Imposto de Renda, a uma, porque o imposto referenciado não é vinculado. A duas, porque mesmo para os tributos vinculados, como a contribuição social sobre o lucro líquido, não há retribuição a determinado grupo de contribuintes ou de cidadãos. Isso faz com que seja falacioso o discurso de que a tributação majorada, em si mesmo, serve à redução das desigualdades.

Klaus Tipke⁵²⁶ comenta Paul Kirchhof quando defende a série de limitações impositivas frente ao Estado, e apresenta a plataforma do dever fundamental de pagar tributos ladeado pelo direito fundamental contra o poder impositivo. Este consiste no direito de todo contribuinte de questionar a instituição, o aumento e a exigência de tributos. O dever fundamental de pagar impostos, por mais que seja indispensável à organização e manutenção do Estado, é mitigado pelas diversas limitações tributárias que constam da Constituição Federal. Os direitos fundamentais

⁵²⁴ Sobre os princípios, “as fontes de produção do direito esclarecem a gênese do direito, as fontes de valoração do direito conscientizam sobre o conflito entre o direito vigente e o direito justo e ampliam a margem de argumentação para a construção do direito em relação aos dispositivos legais”. KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 31.

⁵²⁵ KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: QuartierLatin, 2016, p. 34.

⁵²⁶ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 16.

também não são absolutos e podem ser relativizados. Essa relativização deve, contudo, observar alguns critérios⁵²⁷.

Isso significa que a justificação de tributos com base na intenção redistributiva da renda e do patrimônio precisa ser contraproposta à capacidade contributiva porque “os tributos devem ser medidos e utilizados de modo a aumentar o bem-estar social e não diminuir”⁵²⁸.

A capacidade contributiva é o princípio que viabiliza comparações intersubjetivas na seara tributária e legitima a tributação gradual de acordo com a riqueza do contribuinte, de modo que o rico pague mais tributo que o pobre. Há alguns instrumentos jurídico-tributários importantes para a concretização da capacidade contributiva, a saber, a progressividade e a essencialidade.

Progressividade consiste em uma técnica para aplicação da capacidade contributiva, de acordo com a qual a tributação aumenta quando a renda do indivíduo aumenta.

Como regra, o Supremo Tribunal Federal impedia a aplicação da progressividade com base na capacidade contributiva para os tributos reais, salvo quando expressamente autorizada pela Constituição Federal. Em fevereiro de 2013, o Plenário do STF alterou seu entendimento para permitir à legislação estadual estabelecer o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* com progressividade baseada na capacidade contributiva. Assim, é possível a presunção da natureza, valor ou aplicação específica de determinado bem, no sentido de que a possui, compra ou prefere o indivíduo de maiores recursos econômicos. O imposto real, ou seja, incidente sobre a propriedade, sem levar em consideração as particularidades do contribuinte exclui, por exemplo, a progressividade em atenção à pessoa.

Por essencialidade, considera-se a característica dos tributos indiretos, ICMS e IPI, segundo a qual incidem com alíquotas mais elevadas sobre operações e

⁵²⁷ FARIAS, Ricardo Bispo. O dever fundamental de pagar tributos e a teoria do limite dos limites aos direitos fundamentais. In VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; MEIRA, Liziane Angelotti; BORGES, Antônio de Moura (org.). **Direito Tributário Constitucional**: temas atuais relevantes. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 340.

⁵²⁸ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 53.

industrializações considerados supérfluos e, de outra banda, alíquotas menores em relação a bens essenciais na perspectiva do consumidor final⁵²⁹.

Tributação não pode ser uma forma arbitrária de angariar recursos públicos. A mera referência à busca de recursos para satisfazer interesse público é arbitrária. Para ser democraticamente justificável, a tributação precisa vir acompanhada da observância dos direitos reconhecidos na Constituição e passar pelo crivo dos grupos sociais, sendo que a representação, por si só, não se revela suficiente para demonstrar a responsividade do público em relação ao indivíduo, mas é necessário comprovar o ajuste feito para atribuir o consenso.

Um exemplo de situação que revela este exercício democrático na tributação pode ser a intenção de aumentar um tributo para melhorar a condição da saúde pública em determinada quantia que, por seu turno, esteja comprovada em equações. A pretensão apresentada por um parlamentar consiste em aumentar a contribuição previdenciária daquelas empresas cujos empregados adoecem mais em razão das condições de trabalho. O debate sobre a inserção do aumento deve ser feito de modo a convencer o grupo dos afetados pelo aumento da tributação, demonstrando o impacto econômico na atividade desempenhada e levando em conta outros tributos pagos, bem como o ganho desse contribuinte com a melhoria das condições de saúde ofertadas ao seu empregado. É possível que esses argumentos não convençam os novos contribuintes deste aumento de contribuição previdenciária, mas a anuência com este resultado deriva da aceitação compartilhada de que se aceita resultado do jogo, ainda que contrário à pretensão, pois se reconhece a validade das regras do procedimento deliberativo. A constância e o respeito às regras na deliberação mantêm o elo democrático.

A política tributária e o seu reflexo nas regras jurídicas devem considerados como “pactos sociais” e a sua validade se demonstra a partir do grau de fruição de direitos que proporciona à sociedade.

Em outras palavras, não é apenas com o aumento da tributação que se alcança a redistribuição, mas, sim, com as escolhas de não tributação de

⁵²⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 322.

determinadas atividades essenciais para que os indivíduos possam usufruir do mínimo existencial. Esse mínimo somente é aferível por intermédio de estudos empíricos. Esta é possibilidade de intervenção de decisão judicial adequada.

Realçando o que não se amolda à capacidade contributiva e introduzindo a sua classificação, Regina Helena Costa⁵³⁰ apresenta duas subcategorias: a capacidade contributiva objetiva e a capacidade contributiva subjetiva. Enquanto a capacidade objetiva refere-se à aptidão do indivíduo para auferir e acumular riquezas para serem tributadas, independentemente da correlação com os demais gastos suportados pelo contribuinte, a capacidade contributiva subjetiva busca enxergar tributação em relação ao que pode ser suportado pelo indivíduo, no sentido de proteger seu núcleo mínimo para fazer frente ao numerário necessário à satisfação da existência.

Dessa distinção, surgem duas linhas argumentativas possíveis sobre aplicação da capacidade contributiva: a que a define apenas como sendo *standard* abstrato, de exame apenas hipotético, que não expressa a realidade do indivíduo e a que a define como garantia de direitos subjetivos, considerando a situação concreta de uma dada implicação do texto normativo à realidade.

Alfredo Augusto Becker⁵³¹ compreende a possibilidade de se aplicar a capacidade contributiva em um caso concreto, por exemplo, e a declaração de inconstitucionalidade de uma norma para uma circunstância de aplicação de norma. Igualmente, Paul Kirchhoff⁵³² afirma que os tributos diretos devem ser estabelecidos segundo a capacidade contributiva individual, enquanto que os indiretos conforme o poder aquisitivo presumido. A carga da tributação indireta deve estar relacionada intimamente com a garantia de existência individual.

A capacidade contributiva pode ser classificada como quantitativa e qualitativa: a quantitativa evita a tributação em excesso ou o desrespeito ao mínimo existencial do cidadão; a qualitativa protege o contribuinte de discriminações

⁵³⁰ COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2012, p. 28.

⁵³¹ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 31.

⁵³² KIRCHHOFF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: QuartierLatin, 2016, p. 31.

arbitrárias e de “privilégios odiosos” concedidos a terceiros⁵³³.

O efeito extrafiscal do tributo autoriza que haja tributação em bases afastadas da capacidade econômica. No entanto, essas circunstâncias não “obrigam o contribuinte ao financiamento conjunto do orçamento estatal, mas indicam o programa administrativo, que será explicado e realizado por instrumentos fiscais”⁵³⁴. O efeito extrafiscal do tributo faz-se presente quando este é exigido para induzir um determinado comportamento econômico, social ou laboral. Isso quer dizer que a finalidade pode justificar a mitigação da capacidade contributiva em certas ocasiões.

Sobre a tributação indireta, na hipótese de o Estado promover o bem-estar dos cidadãos, o critério e a política para a exação deverão assentar-se na concepção de que o bem econômico seja revertido para o consumo. A política tributária deve, portanto, levar em consideração este aspecto de acesso dos indivíduos aos bens de consumo. Com efeito, a concepção de imposto exigido em conformidade com a situação particular de cada contribuinte suplanta a ideia de tributo de acordo com as necessidades estatais.

A proibição de excesso é outro pressuposto para a utilização de padrões na tributação. Caso a padronização seja excessiva e impeça qualquer direito fundamental do contribuinte, ela será inconstitucional por ser confiscatória. O núcleo essencial dos direitos fundamentais jamais pode ser atingido⁵³⁵.

A capacidade contributiva, por vezes, é questionada frente a princípios como o da praticabilidade tributária⁵³⁶. Klaus Tipke⁵³⁷ preocupa-se com a praticabilidade,

⁵³³ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In **Direito Tributário**. v. I. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2003, p. 435.

⁵³⁴ KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: QuartierLatin, 2016, p. 40.

⁵³⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 108.

⁵³⁶ A praticabilidade tributária tem como propósito garantir a tributação de todos os que pratiquem fatos geradores, de um lado, e, de outro, facilitar a arrecadação dos tributos. COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23-ss.

⁵³⁷ “A ética ou a filosofia moral tributária não pode prescindir da prudência prática. Deve considerar-se o dado empírico de que o imposto sobre o valor agregado é mais difícil de fraudar do que o imposto sobre a renda, e que um imposto sobre a renda incrementado com o imposto sobre o volume de vendas exacerbaria notavelmente a esquiva tributária” TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado**

trazida como limitador da capacidade contributiva. Por praticabilidade tributária entende-se a orientação de que os instrumentos jurídicos deverão estar coadunados com a facilitação do processo de cobrança dos tributos pelas autoridades administrativas fiscais. De fato, a capacidade contributiva, aplicável na sua máxima efetivação, exigiria que todos os contribuintes fossem tributados em conformidade com sua capacidade econômica, o que seria um obstáculo à sua aplicação. Em função disso, a capacidade contributiva pode ser complementada com a escolha do mecanismo procedimental mais prático e menos oneroso para o exercício das tarefas fiscalizatórias.

Um desdobramento da capacidade contributiva é o princípio da vedação ao confisco. A vedação ao confisco está relacionada à capacidade contributiva na medida em que ambos buscam alcançar a justiça fiscal, mas a vedação ao efeito confiscatório seria o afastamento mais abrupto da lei tributária da capacidade contributiva⁵³⁸. Isso quer dizer que uma lei se afasta da capacidade contributiva de modo a avançar, ilegitimamente, no patrimônio e na liberdade do indivíduo, tornando o tributo confiscatório.

Por sua vez, a vedação ao confisco proíbe o Estado de tributar o contribuinte de forma a restringir demasiadamente sua condição patrimonial. Por mais que não haja, na lei, padrão mínimo e máximo para a consideração de um tributo como confiscatório, a expressão contextual do impacto por ele provocado deve ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

A vedação ao tributo com efeito de confisco é princípio constitucional que somente se realiza em regras ajustadas em casos concretos. Por ele, assegura-se a eficácia de três garantias fundamentais: direito à propriedade, direito à herança e direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. No campo das normas com finalidade tributária fiscal, os princípios da capacidade contributiva e da proibição do confisco são os limiares referenciais para a tributação. O primeiro é representado pela renda, pelo patrimônio e pelo consumo. O segundo impede a tributação de onerar qualquer outra situação jurídica que não as que estão no escopo do

e dos contribuintes. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 31.

⁵³⁸ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 434.

primeiro⁵³⁹.

A vedação ao confisco tem relação, igualmente, com o direito de propriedade. O Estado, ao garantir o direito de propriedade, um dos direitos fundamentais, tem o dever de resguardar aquilo que é proveniente do esforço do indivíduo como parte do seu patrimônio. Essa afirmação não se opõe à necessidade nem à função social do tributo. Se, de um lado, falar, única e exclusivamente, da liberdade para justificar um posicionamento societário agressivo, não possui amparo no estado de bem-estar social, por outro, o tributo não pode ser justificado apenas na urgência do abastecimento dos cofres públicos. E isso se dá por conta da necessidade de aplicação conjunta da liberdade e da igualdade. Não pode ser considerado ilegítimo utilizar a liberdade para obter mais renda e isso, por si só, não pode ser recriminado pelo Estado. Isso porque “as disposições estatais de caráter social devem ser direcionadas às origens criadoras de renda – educação, criação de postos de trabalho, assistência médica, a inclusão de medidas sociais na concorrência – não ao sucesso individual obtido no mercado”⁵⁴⁰. Por este postulado, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal entende que a tributação da pessoa física e da pessoa jurídica somente se justifica na realidade econômica que embasa a forma, não na forma exclusivamente.

O princípio de vedação ao confisco representa a proibição constitucional de se exigir tributo que tenha efeito confiscatório concreto. Os critérios para determinar se um tributo tem, ou não, efeito de confisco, dependem da análise positiva do Tribunal Constitucional: no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, segundo Geraldo Ataliba e Antonia Aguelo⁵⁴¹.

A vedação ao confisco traz alguns comandos diretos e pressupõe alguns outros valores a orientarem a atuação dos formuladores e aplicadores da regra. O constituinte brasileiro houve por bem não permitir que o tributo implicasse em confisco. Isso significa que a lei tributária deverá garantir a liberdade na detenção de propriedade, no desempenho de atividades do contribuinte e na perseguição da

⁵³⁹ YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário**: uma visão sistêmica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 165.

⁵⁴⁰ KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 40.

⁵⁴¹ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *In* **Revista de Direito Tributário**, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, ano, p. 122.

subsistência do indivíduo. Além disso, a vedação ao confisco diz respeito à sua incomensurabilidade, consistente na inviabilidade de estabelecer um patamar objetivo do que seria confiscatório e do que não seria. A atributividade do princípio, por seu turno, consiste na impossibilidade de tributos serem tão onerosos que impliquem no repasse de propriedade do particular ao Estado⁵⁴².

Klaus Tipke⁵⁴³ critica a proibição do confisco, compreendendo-o como princípio associado a realidades jurídicas lastreadas na liberdade. O Estado social, por sua vez, mitiga a proibição de confisco, passando a exigir contraprestação justificada em vez de salvaguardar a propriedade.

Como já aludido, a capacidade contributiva costuma ser associada apenas à exigência de um determinado tributo em relação ao patrimônio e à renda do contribuinte. A sua aplicação não leva em conta, via de regra, a incidência de outros tributos sobre a operação ou a situação jurídica. Essa análise deveria ter sido feita antes da exigência do tributo, e se o legislador não a efetuou, é certo que o Tribunal Constitucional (considerando que a argumentação foi construída na Alemanha⁵⁴⁴) deveria ter a atribuição de levar o procedimento a efeito⁵⁴⁵. Tratar da postura do Tribunal perante este princípio é o que se passa a fazer.

O Tribunal deverá julgar a inconstitucionalidade da lei e determinar ao legislativo que complemente a legislação com o estudo de impacto do tributo no indivíduo e no setor, e apresente o estudo perante os alcançados, sejam os contribuintes ou aqueles que terão de assumir o impacto. E poderá agir dessa forma

⁵⁴² BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 426-432.

⁵⁴³ “Em 1848 aconselharam Karl Marx e Friedrich Engels à introdução de um imposto de renda especialmente progressivo como uma das medidas, com que após a primeira fase da Revolução ‘o proletariado usará sua supremacia para arrebatar por etapas da burguesia todo o capital, para centralizar todos os meios de produção nas mãos do Estado. Para onde a realização desse conselho cerca de 140 anos mais tarde finalmente levou é por todos conhecido. A teoria foi pela realidade basicamente contrariada. Foi também evidenciado que nos países de economia de mercado, nos quais efetivamente predomina mais desigualdade do que nos comunistas, mesmo os mais desfavorecidos têm um padrão de vida claramente mais alto que nos sistemas igualitários”. TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 47.

⁵⁴⁴ Este esclarecimento se deve à necessidade de contextualizar e explicar o conceito do autor alemão.

⁵⁴⁵ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 55.

somente se houver elementos e dados que o aparelhem a formatar o debate, convocando os afetados para o processo constitucional. É necessário saber traduzir para o raciocínio jurídico a equação apresentada, e é por isso que a participação dos afetados torna-se tão relevante.

Isso significa que nas questões de cunho econômico a Corte deveria manter a deferência ao legislativo, enquanto que nas de ordem moral, poderia avançar e escolher a concepção e que mais direitos resguardasse⁵⁴⁶.

O controle judicial da aplicação do princípio da capacidade contributiva merece algumas considerações. É certo que a capacidade contributiva, para ser concretizada, deve levar em consideração o impacto da imposição fiscal sobre a riqueza e a atividade do contribuinte. Não basta apenas identificar o valor do tributo, ou seja, aquele decorrente da incidência tributária, mas analisar de que forma ele se relaciona com os demais tributos suportados pelo contribuinte, considerando o impacto do encargo no seu universo microeconômico. Admite-se a perspectiva abstratamente considerada, que irá orientar o legislador na formulação da regra quando da edição de um tributo, o que significa que todo tributo, para se amoldar à capacidade contributiva, deve ser precedido de estudo de impacto econômico sobre as diversas classes sociais que sofrerão a incidência; quanto ao impacto, como as circunstâncias de impacto econômico não puderam ser dimensionadas pelo legislador, podem ser questionadas no âmbito judicial e, se houver como receber os elementos econômicos sobre o assunto, bem como providenciar a incorporação para o direito, a regra pode ser completada pela corte magistrado. Essa não é a única forma de intervenção judicial na capacidade contributiva defendida neste trabalho.

A outra forma possível é o judiciário levantar os dados prévios à edição da lei e não encontrar, na deliberação legislativa, os dados que revelem ter havido o estudo de impacto econômico do tributo para atestar sua conformação com a capacidade contributiva. Nessas circunstâncias, a ausência de debate acerca do impacto revela falta de atenção e de preocupação, na esfera pública legislativa com o mínimo existencial. Isso ocorre com certa frequência na edição de medidas

⁵⁴⁶ PETERS, Christopher J. *A matter of dispute: morality, democracy, and Law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 222.

provisórias, visto que a justificativa, muitas vezes, embasa-se na necessidade de aumento da arrecadação.

A inviabilidade de o judiciário imiscuir-se em questões de capacidade contributiva, uma vez que esta seria uma decisão política, ou ainda, que o compromisso do constituinte teria sido apenas o de efetivar a capacidade contributiva na situação “possível”, não vincularia o legislador a sempre observar esse pressuposto de validade de tributação⁵⁴⁷. Caso haja violação de direito fundamental na instituição do imposto, como confisco, atingimento do mínimo existencial ou discriminação em razão de sexo, etnia, religião, etc. o judiciário pode intervir por se tratar de violação constitucional.

O Judiciário, ao examinar o princípio da capacidade contributiva, não irá, necessariamente, realizar estudos econômicos, por mais que possa fazê-lo, desde que, a toda evidência, consiga transportar para o direito a compreensão da economia, e traduzi-la. Mais do que fazer a análise econômica, o Supremo Tribunal Federal, no resguardo dos direitos fundamentais, tem a missão de examinar se na escolha feita pelo legislador houve enfrentamento das questões de impacto ao contribuinte, seja nos tributos diretos ou, mais importante, no tributo indireto. No tributo indireto, a função do STF ressoa mais importante do que no direto porque neste tipo de relação não há direito do contribuinte de propor ação judicial. Tampouco o Ministério Público pode questionar a carga tributária, pois o Judiciário compreende que não há direito individual homogêneo passível de proteção por este órgão.

Dizer que o Judiciário não pode se imiscuir em questões econômicas é esquivar-se de sua missão constitucional de proteção da Constituição Federal, na leitura mais contemporânea. O instrumento para isso leva em conta a formação do precedente, em que a análise dos impactos, mesmo para os que não possuam relação jurídica tutelável pelo direito, seja resguardada. É a forma pela qual se tem o esclarecimento dos tributos aos que efetivamente arcam com o ônus tributário.

Uma vez examinado o conteúdo jurídico do princípio da capacidade

⁵⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In **Direito Tributário**. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 446.

contributiva e a forma como o Supremo Tribunal Federal pode colaborar com a sua concretização, complementando o debate, suficiente ou não suficiente, no legislativo e no executivo, será examinado o princípio da igualdade.

4.2.2 A igualdade no tratamento entre os contribuintes e a proibição de critério discriminatório na escolha tributária

A igualdade no tratamento dos indivíduos frente às normas jurídicas de um ordenamento tributário é o que, de fato, o legitima, na medida em que confirma a premissa do estado de direito de que todos concorrerão proporcionalmente com o custo estatal, considerando a sua capacidade contributiva e tendo como mote a necessidade de angariar recursos para custeio dos serviços públicos e para alcançar os objetivos estatais de redução das desigualdades sociais.

A igualdade tributária subdivide-se em igualdade vertical e igualdade horizontal: enquanto a vertical exige do ordenamento que seja estabelecida uma forma de tributação que permita a preservação do mínimo existencial, relacionando-se, pois, com a capacidade contributiva, a igualdade horizontal exige tratamento similar aos contribuintes que se encontrem na mesma situação⁵⁴⁸.

Isso não significa que a exigência tributária será idêntica entre os contribuintes. Cada um deverá contribuir proporcionalmente com o custo social, considerando a sua capacidade contributiva. Nessa linha, é possível afirmar que um imposto fixo será sempre inconstitucional, pois desrespeita as diferenças de renda e de poder de compra dos indivíduos, considerando que há diferenças substanciais entre os contribuintes no Brasil, o que é fruto da historicidade e da relação de poder percebida na sociedade⁵⁴⁹.

Isso significa que há circunstâncias nas quais a tributação é desigual, e o critério discriminatório, é alicerçado em tutelas jurídicas que o ordenamento eleja

⁵⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. *In Direito Tributário*. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 443.

⁵⁴⁹ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *In Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 51, p. 153, jan. 1997, p. 124.

como socialmente desiguais. Estas circunstâncias justificariam, por isso, o tratamento diferenciado⁵⁵⁰.

Quando retrata realidade brasileira, de profundas diferenças na capacidade econômica dos indivíduos, o Direito Tributário deve ser discriminatório em sua essência, uma vez que define os contribuintes de cada tributo com base nas distinções fundadas na riqueza de cada um. Além da riqueza, alguns outros critérios são admitidos para permitir a concessão dos denominados privilégios legítimos, ou seja, isenções, remissões, reduções de base de cálculo subordinados à ideia de justiça. Por outro lado, os privilégios odiosos violam direitos fundamentais, uma vez que discriminam pessoas iguais ou igualam pessoas desiguais, reforçando desigualdades que se pretende eliminar. Acerca dos mencionados privilégios odiosos, são limites qualitativos impostos pela capacidade contributiva para evitar a concessão de benefícios fiscais para situações ou sujeitos passivos, porque o favorecimento tributário de terceiro, sem razoabilidade, implica o suporte da carga tributária excedente pelo contribuinte excluído do privilégio.

Marcos Faro⁵⁵¹ relembra o julgamento do STF em que foi declarada a nulidade de prorrogação de benefício fiscal concedido à indústria farmacêutica, que não cumprira a contraprestação de fabricar uma determinada vacina, valendo-se da isenção para a produção de produtos não contemplados pela justificativa que embasara a benesse fiscal.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro não admite os benefícios ou incentivos fiscais⁵⁵² concedidos para categorias profissionais ou setores econômicos. O critério da função profissional exercida pelo contribuinte não existe para justificar tratamento diferenciado aos contribuintes. As únicas hipóteses de

⁵⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In **Direito Tributário**. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 445.

⁵⁵¹ CASTRO, Marcus Faro de. **Direito, tributação e economia no Brasil**: aportes da análise jurídica da política econômica. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/007.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

⁵⁵² “São consideradas desonerações tributárias todas e quaisquer situações que promovam: presunções creditícias, isenções, anistias, reduções de alíquotas, deduções ou abatimentos e adiamentos de obrigações de natureza tributária”. BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária**. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

legitimação de benefícios fiscais são as que se embasam em desigualdades a serem suprimidas pelo Estado.

O princípio da igualdade é respeitado sempre que contribuintes que possuam a mesma capacidade contributiva sejam gravados com igual carga tributária. Admita-se que o legislador autorize a desigualdade na tributação quando ela contribui para a finalidade da justiça que está em jogo, podendo o elemento de discriminação ser a renda, a origem ou qualquer outra condição social que considere relevante e razoável, compatível com os propósitos constitucionais.

A redução de desigualdades sociais é aspecto relevante e justificador da carga tributária diferenciada, principalmente quando se admite a norma tributária como indutora de comportamentos, as quais podem ser instituídas pelo Estado para estimular ou desestimular determinado comportamento⁵⁵³.

O legislador edita regras de caráter “geral”, que é uma das principais características da lei, vez que, em muitos temas sensíveis, teria de elaborar uma lei para cada um dos indivíduos que propusesse seus interesses. No prisma setorial econômico, opera-se algo análogo: a questão das denominadas “leis promocionais”, que subsidiam alguma atividade singular, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios que, por sua vez, acarretaram novas pressões e novas aberturas para os demais setores obterem tratamento normativo equiparado ao alcançado por outro grupo⁵⁵⁴. É por essa razão que a questão pública não pode ser decidida de forma fatiada, unilateralmente, considerando o ponto de vista apenas de um agente econômico ou grupo da economia. A participação dos afetados, direta e indiretamente, com a redução de carga tributária e também aumento, e somente ela, é que legitima as escolhas no direito tributário.

A concorrência de todos, de modo proporcional e progressivo, na participação dos custos sociais é percepção substancial da igualdade tributária⁵⁵⁵. Por isso, as

⁵⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 104.

⁵⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

⁵⁵⁵ “Enquanto a inveja apenas observa se uma pessoa está em vantagem em relação à outra, para então definir que todas as pessoas são privilegiadas em relação às outras em algum aspecto, a igualdade compara as pessoas nas suas diferenças sempre em busca da razão justificadora das

necessidades públicas não justificam a tributação com base em progressividade; a capacidade contributiva é o limite individual para a repartição do custeio. Assim, apenas a capacidade contributiva é que permite a majoração de tributos para um setor, por exemplo.

A padronização da exigência de tributos deve sempre estar vinculada à capacidade contributiva objetiva, critério este que leva em consideração a potencialidade abstrata de determinado contribuinte, categorizado por seu pertencimento a grupo de determinado perfil econômico. Há pressupostos para se aferir a capacidade contributiva e o tratamento isonômico dela decorrente, tais como necessidade, generalidade, compatibilidade, neutralidade, não excesso e ajustabilidade⁵⁵⁶, conforme proposto por Humberto Ávila.

A necessidade é um requisito para a utilização da padronização na seara tributária. Diz respeito ao pressuposto de que o ente tributante somente está autorizado a exercer o poder de tributar com base em padrões fiscais caso não seja possível fazê-lo de outro modo, seja por ser impossível, ou por ser extremamente onerosa a fiscalização tributária na espécie.

Essa linha dialoga com o princípio da praticabilidade tributária na medida em que a lei tributária pode encontrar uma forma de estabelecer o recolhimento de tributos de modo a facilitar a arrecadação, mas sem ferir a capacidade contributiva e sem permitir a tributação ficta. Assim, a compatibilidade da padronização com a igualdade particular é outro requisito para a utilização da referida técnica⁵⁵⁷.

A generalidade é, também, requisito para que seja viável a utilização de padrões na tributação. Isso porque o padrão utilizado pela lei deve refletir a média dos casos reais. Assim, o legislador edita normas que generalizam e contemplam uma maioria dentro de uma classe de contribuintes. A validade da padronização, de acordo com o requisito da generalidade, depende da produção mínima e da extensão de efeitos desiguais no caso concreto analisado. Além disso, a

diferenças". KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 44.

⁵⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 83.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 121.

desigualdade eventualmente criada deve atingir um número diminuto de contribuintes, ou seja, seu alcance deve ser também mínimo. Apesar de a generalidade ser um requisito para a tributação padronizada, a igualdade particular entre os contribuintes jamais poderá ser abandonada. A compatibilidade da padronização com a igualdade particular é outro requisito para a utilização da referida técnica. O contribuinte, então, deve verificar se há discrepâncias entre o valor presumido e o efetivamente ocorrido⁵⁵⁸. O Supremo Tribunal Federal abordou a matéria no Recurso Extraordinário 593.849 e decidiu que “o princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco”⁵⁵⁹.

A tributação deve se preocupar em exigir de todos a receita necessária para que se possa reduzir a carga tributária imposta à sociedade como um todo. Para

⁵⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 101-104.

⁵⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento”. (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

essa concretização, deve ser afastada a desoneração concedida a determinados grupos de indivíduos, enquanto permanecerem os custos estatais e sociais.

A neutralidade, por seu turno, é pressuposto também invocado para configurar a igualdade tributária, em que pese a defesa neste ensaio de que ela se enquadra como requisito decorrente da capacidade contributiva. Essa neutralidade, ou seja, atribuir parâmetros econômicos equitativos ao sistema tributário, está relacionada à atuação negativa do Estado para dar efetividade à igualdade na sua conexão com o princípio da liberdade de concorrência, pois ela integra a igualdade, no que se refere aos seus aspectos subjetivo e temporal. Em relação a estes aspectos, tem-se que, para o aspecto subjetivo, há dois pontos de vista, o do contribuinte, que deve ser tributado de acordo com a sua capacidade contributiva, e o do ente federado, que tem o dever de respeitar a livre concorrência entre os contribuintes. Já quanto ao aspecto temporal, a igualdade é analisada em dois momentos: antes (ou durante) e depois da atividade do contribuinte. Depois do exercício da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, o princípio da neutralidade é analisado a partir da oneração do produto daquela atividade, conforme a capacidade contributiva do contribuinte⁵⁶⁰.

Ou seja, quando a tributação ocorre antes da atividade do contribuinte ou sobre ela, é a própria atividade que deve estar de acordo com o princípio da igualdade, de modo que haja neutralidade de concorrência entre os contribuintes. É necessário que se verifique uma igualdade de chances no processo de trabalho para se concretizar e aplicar a lei tributária de forma igualitária⁵⁶¹.

A igualdade tributária no Brasil é redigida na Constituição de modo a impedir que a lei imponha tratamento tributário distinto para os contribuintes que estejam em posições jurídicas semelhantes, com a previsão expressa de que o critério da ocupação não poderá ser usado para este propósito. Para Klaus Tipke⁵⁶², a justiça fiscal quanto a esse princípio exige que haja igualdade na distribuição da carga tributária. Esse critério congrega as perspectivas conceituais de tributo como aquilo

⁵⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 104.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁶² TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 16.

que se presta a custear as despesas públicas (princípio da equivalência), agregado ao critério da capacidade contributiva.

Sobre estes critérios, Tipke⁵⁶³ considera que a tributação segundo a capacitação impõe o encargo tributário sem levar em consideração a renda do contribuinte e o impacto do tributo sobre a sua possibilidade econômica. Esse princípio foi sucedido pelo princípio da equivalência da tributação, consistente, por seu turno, na compensação que os gastos do Estado podem ter frente aos pagamentos do contribuinte, já abordado neste trabalho. Isso quer dizer que o Estado não cobrará mais dos contribuintes além daquilo que for efetivamente gasto. Não há qualquer tipo de preocupação com a capacidade de o contribuinte em arcar com os referidos gastos. A capacidade contributiva não observa os gastos do Estado, mas a capacidade do contribuinte em arcar com o encargo tributário exigido. A capacidade contributiva deve ser aplicada a todos os tributos, à exceção daqueles considerados supérfluos, como é o caso do cigarro, e trata-se de verdadeira garantia fundamental e própria do estado de bem-estar social.

Admite-se a desigualdade como forma de promover a igualdade e, na relação tributária, esse vetor pode ser desdobrado em duas perspectivas: a que impede tratamento desigual em virtude de critérios arbitrários, e a que impõe o encargo tributário de forma coletiva e equânime, coibindo benefícios fiscais ou sobre-encargos aos que possuam menor capacidade contributiva do que os demais.

A igualdade rege a tributação dos direitos fundamentais que fogem ao espectro das imunidades tributárias. A liberdade do cidadão, no que diz respeito aos direitos de propriedade e livre iniciativa, pode ser tributada, desde que o princípio da igualdade seja respeitado.

O princípio da igualdade não se resume, assim, a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Na verdade, o Estado deve garantir a igualdade de oportunidades. Tratar “como igual” implica em assegurar ao contribuinte o exercício válido de todos os atributos da sua autonomia individual. Para tanto, o legislador, ao

⁵⁶³ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 20.

editar norma padronizadora, deve editar, também, regra para exceção e para ajuste⁵⁶⁴.

Ainda tratando dos critérios para legitimar a padronização e ajustabilidade, por seu turno, é o critério que exige a implementação da tributação com base em padrões e presunções. É o ajuste que permite a devolução de diferenças significativas que comprometem a eficácia mínima de princípios constitucionais essenciais dos contribuintes⁵⁶⁵. O ajuste deve ser materializado em cláusulas de abertura ou equidade. Essas cláusulas privilegiam a igualdade particular, frente à igualdade geral quando o contribuinte percebe divergências entre os valores presumidos e os valores obtidos de fato que violem a sua capacidade contributiva. A utilização das cláusulas de abertura, ou cláusulas de retorno, deve ser limitada. Somente casos marginais podem gerar desvios do padrão legalmente estipulado. Caso sejam muitos os casos em que os contribuintes tenham de utilizar-se desse recurso, é a própria padronização que está em desacordo com o princípio da igualdade, e deve ser revista. A utilização da cláusula de retorno, nos casos excepcionais (marginais), não prejudica a promoção da segurança jurídica, uma vez que a justificção e comprovação da excepcionalidade não são facilmente produzidas por qualquer contribuinte sujeito à tributação padronizada⁵⁶⁶.

A moderação advém da possibilidade de utilização da padronização na tributação quando for impossível ou extremamente onerosa a fiscalização de tributos. Quando, para um grande número de contribuintes tributados por padronização, os preços presumidos divergirem expressivamente da realidade dos fatos, a média das operações se mostrará incorreta, e o padrão legalmente imposto deverá ser invalidado. No entanto, quando a padronização restringir expressivamente direito fundamental de um contribuinte que seja, ela poderá deixar de ser aplicada no caso concreto (desde que haja justificção e comprovação das alegações).

⁵⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2015, p. 108.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁶⁶ *Idem*, p. 111.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar questões de igualdade, tem bastante dificuldade em definir a sua existência, na medida em que, como sabido, o núcleo da igualdade diz respeito ao tratamento isonômico dos contribuintes e à divisão do encargo tributário entre eles. Trabalhar com os dados que refletem esses aspectos não é tarefa ordinariamente levada a efeito pelo Tribunal. Identificar se determinado encargo tributário foi repartido igualmente entre os setores da sociedade não é tarefa simples, na medida em que demanda a apresentação de uma série de dados de impacto. Mas é, no entanto, a única forma de a Corte pronunciar-se democraticamente sobre esta alegação de forma legitimada.

A tarefa parece ser mais dificultosa se se tratar da apreciação da constitucionalidade de determinado benefício fiscal frente ao princípio da igualdade. É que o pronunciamento vai demandar a análise da diferenciação daquele contribuinte contemplado pelo benefício. Por exemplo, pense-se em benefício cujo contemplado seja o cego, com relação à isenção do IPI sobre os veículos adquiridos. A extensão do benefício poderia ser contemplada não como criação de algo⁵⁶⁷, mas como aplicação igualitária de uma escolha pública e a não

⁵⁶⁷ O STJ decidiu que não há direito do surdo ao usufruto dos benefícios fiscais previstos para o cego "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. "DEFICIÊNCIA AUDITIVA SENSÓRIA NEURAL BILATERAL PROFUNDA IRREVERSÍVEL". MOLÉSTIA NÃO PREVISTA NO ROL TAXATIVO DO ART. 6º, INCISO XIV, DA LEI N. 7.713/88. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. ART. 111 DO CTN. ORIENTAÇÃO ADOTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, NA FORMA DO ART. 543-C, DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos autos do REsp n. 1.196.500/MT, julgado em 2.12.2010, esta Turma entendeu que a cegueira prevista no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88 inclui tanto a binocular quanto a monocular. Tal entendimento é permitido pelo art. 111, II, do CTN, eis que a literalidade da legislação tributária não veda a interpretação extensiva. Assim, havendo norma isentiva sobre a cegueira, conclui-se que o legislador não a limitou à cegueira binocular. No caso dos autos, contudo, a isenção concedida na origem não se arrimou em interpretação extensiva com base na literalidade da lei; antes, o Tribunal de origem laborou em interpretação analógica, o que não é permitido na legislação tributária para a hipótese. A cegueira é moléstia prevista na norma isentiva; a surdez não. 2. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.116.620/BA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, na sistemática do art. 543-C, do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o rol de moléstias passíveis de isenção de imposto de renda previstas no inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88 é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. 3. O Poder Judiciário não pode substituir a vontade do legislador para conceder isenção onde a lei não prevê, sobretudo porque o art. 111 do CTN somente permite a interpretação literal de normas concessivas de isenção. Não se pode considerar que a omissão do legislador em incluir a surdez no rol do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88 tenha sido em razão de falha ou esquecimento e, ainda que esse fosse o caso, não poderia o julgador estender o benefício fiscal à hipótese não contemplada pela norma. Assim, o acórdão recorrido merece reforma, eis que, laborando em interpretação analógica, equiparou a

contemplanção. É de se indagar se, quando da eleição deste grupo de indivíduos, franqueou-se a palavra aos surdos no debate legislativo. Em não havendo franqueado, o Supremo Tribunal Federal deveria devolver o debate ao legislativo para que ele leve em consideração os argumentos dos surdos ou, se a Corte estiver municiada de elementos relacionados aos gastos tributários, por exemplo, bem como ao impacto da extensão da isenção. Remeter a resposta ao Congresso Nacional para que ele promova a discussão democraticamente é atividade colaborativa do STF de modo interinstitucional.

Outra questão pode ser apresentada quando do tratamento de alíquotas diferenciadas para determinados setores. O Tribunal pode aclarar o sentido dos termos da hipótese de incidência, mas não impor uma alíquota, caso ela seja superior ao patamar fixado pelo legislador. Ao contrário, se for para diminuir, não há vedação. O Supremo Tribunal Federal, em oportunidades nas quais examinou a redução de alíquotas via judicial, deixou de enfrentar o assunto por conta da suposta atuação como legislador positivo caso o fizesse. É o caso da discussão enfrentada pela Corte sobre o aumento da alíquota da contribuição social sobre o lucro líquido levado a efeito para o setor financeiro. O STF⁵⁶⁸ afastou a violação ao princípio da isonomia, porque o Poder Judiciário estaria impossibilitado de atuar como legislador positivo.

Neste caso, o Supremo deveria ter enfrentado os elementos de justificação apresentados no ambiente legislativo para chegar à conclusão de que houvera observância da isonomia no custeio ou, caso não houvesse elementos, devolver a matéria ao legislador para que fosse apresentada e discutida a razão da tributação majorada para este setor.

deficiência auditiva do contribuinte à cegueira, sendo que somente a última encontra-se no rol do referido dispositivo legal. 4. Recurso especial provido. (REsp 1013060/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 08/06/2012)”.
⁵⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 552118 AgR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-076 DIVULG 25-04-2011 PUBLIC 26-04-2011 EMENT VOL-02508-01 PP-00072.

4.2.3 A legalidade tributária: as acepções procedimental e substancial da legalidade tributária

A noção de estrita legalidade está contextualizada dentro da concepção do Direito como ciência consolidada no século XIX, nos países marcados pela *civil law*⁵⁶⁹. A lei em sentido estrito é a fonte primária, quase exclusiva, do direito, e é nela que a aplicação jurídica se justifica.

A anuência do contribuinte à regra tributária imposta é pressuposto democrático. Victor Uckmar⁵⁷⁰ detecta que a exigência de aprovação dos contribuintes previamente à instituição de tributos está presente em todas as Constituições; apenas a constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas não tinha essa exigência.

O princípio da legalidade tem dois desdobramentos possíveis: o formal, que exige a prévia e substancial lei em sentido estrito para embasar a cobrança de tributos, no sentido de que a lei resulta de processo normativo e democrático efetivamente compatível com os representados; o segundo é o relativo à tipicidade tributária que exige a apresentação dos elementos essenciais da lei tributária para gerar os efeitos de segurança sobre as circunstâncias materiais, pessoais, temporais, espaciais e quantitativos.

A legalidade alinha-se diretamente com o elemento democrático da representação e responsividade. Direito democrático, segundo Mangabeira, é produto de acordo de interesses que permite “a escolha coletiva de estruturas sociais em face de um pluralismo profundamente arraigado”⁵⁷¹, além da organização do “conflito de modo a revigorar em vez de reprimir o pluralismo é uma maneira de definir o seu objeto”⁵⁷². Isso significa que a interlocução dos atores públicos, autênticos formuladores de textos e normas prescritivos e descritivos, deve estar

⁵⁶⁹ CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade tributária e decisão judicial**: desmistificando o modelo *civil law* e recolocando o papel da jurisprudência para regulação de condutas no direito tributário brasileiro. Tese apresentada para obtenção do título de Doutora em Direito pela PUC-SP. 2014.

⁵⁷⁰ UCKMAR, Victor. **Os princípios comuns de direito constitucional tributário**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 24.

⁵⁷¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 88.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 88.

fundada nas estruturas sociais diferenciadas e precedida de testes de correspondência dos enunciados normativos com os resultados dos conflitos.

A legalidade é um sinal, não a conclusão, de que a democracia foi exercida. Se há subordinação aos aspectos processuais-legais, há presunção do jurisdicionado de que a lei é dotada de participação dos indivíduos que livremente se manifestaram no processo deliberativo, por representação e até mesmo de forma direta, e que ela é válida para todos os que se encontrem nas circunstâncias fáticas descritas na hipótese de incidência.

Por isso é que se diz que o princípio da legalidade tributária é decorrente do próprio princípio da democracia, uma vez que consigna o consentimento antecipado do povo à criação ou aumento de tributos⁵⁷³.

Para a doutrina clássica – e o exemplo é Geraldo Ataliba⁵⁷⁴ – a legalidade impede o Estado de criar ou aumentar tributo que não por lei, sendo que os elementos da hipótese de incidência deverão estar exaustivamente previstos. Esta assertiva também se denomina como tipicidade cerrada da norma tributária⁵⁷⁵. Não basta a exigência de lei; esta lei deve discriminar os elementos de materialidade, pessoalidade, temporalidade, espacialidade e quantidade do tributo para que se legitime a exação.

Isso significa que todas as hipóteses normativas tributárias devem ser veiculadas por lei para serem válidas. Além disso, cada um dos elementos que constituem a obrigação tributária deve ser pormenorizadamente descrito em lei. O juiz deve declarar a inaplicabilidade da lei por insuficiência normativa, a qual somente pode ser suprida por ato formal e materialmente legislativo, sempre que estiver diante de omissão legislativa quanto a um dos seguintes aspectos: sujeito

⁵⁷³ YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário**: uma visão sistêmica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

⁵⁷⁴ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. In **Revista de Direito Tributário**, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 116.

⁵⁷⁵ "A tipicidade repele assim a tributação baseada num conceito geral ou cláusula geral de tributo, ainda que referido à ideia de capacidade econômica, da mesma forma que em Direito Criminal não é possível a incriminação com base num conceito ou cláusula geral de crime". XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 83.

ativo, sujeito passivo, critério material, critério espacial, critério quantitativo ou critério temporal.

Por sua vez, a acepção de legalidade denominada de substancial tem relação com a segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica protege o cidadão contra imprevisibilidades das ações do Estado e suas consequências. Essa proteção se projeta para o passado e para o futuro. O passado deve ser intangível pela norma inaugural no ordenamento jurídico, tanto quanto o futuro deve ser previsível para evitar que o cidadão seja pego de surpresa e tenha sua situação jurídica agravada inesperadamente⁵⁷⁶.

A segurança jurídica é a própria razão de ser da Constituição. O princípio da “não surpresa”, que decorre da segurança jurídica, é essencial para que o contribuinte possa prever como o Estado, por ele criado e construído, e reconstruído, poderá intervir na sua liberdade e na sua propriedade⁵⁷⁷, além de impedir o alcance de situações pretéritas pela exigência de tributos.

O direito moderno é racional, o que significa a sua conformidade ao padrão de previsibilidade e calculabilidade. O poder é aceito em razão das garantias mínimas de segurança dadas pelo Estado e das prestações positivas com as quais há o comprometimento. Eis a tábula da segurança jurídica⁵⁷⁸.

A segurança jurídica tem relação com o sistema capitalista. É que a lógica dessa dinâmica exige certo grau de previsibilidade e estabilidade das normas. Além disso, há uma certa percepção dos limites de cada autoridade e do que esperar de cada uma delas. Por isso, a segurança jurídica relaciona-se, ao ser consequência da previsibilidade, com a igualdade, no sentido de que todos os que se encontram em determinada situação irão se sujeitar à regra. Além disso, hipóteses como a de que

⁵⁷⁶ PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição constitucional tributária**: reflexos nos processos administrativo e judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 82-89.

⁵⁷⁷ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *In* **Revista de Direito Tributário**, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 121.

⁵⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 15.

o aplicador do direito deixaria de aplicar a regra devido à sua percepção moral podem configurar uma atitude anarquista⁵⁷⁹.

A proteção da confiança é norma implícita, mas, nem por isso, menos eficaz que qualquer outro princípio positivado expressamente no texto constitucional. Resulta de longa luta histórica dos cidadãos contra mudanças bruscas e inesperadas operadas pelo estado que resultavam em frustração de legítimas expectativas do cidadão. Conformam a segurança jurídica, além de proteger a confiança, a legalidade e o direito adquirido, este último, gênero do qual são espécies o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Exige que o Estado tenha condutas que gerem legítimas expectativas nos cidadãos, que sejam dotadas de confiabilidade, a qual se verifica por aparente validade, força vinculante, alta pretensão de permanência ou onerosidade. Além disso, deve haver efetiva confiança nessas condutas; confiança que enseje exercício de direitos por parte dos cidadãos. Caso haja frustração posterior dessa confiança, operada por ato contraditório do Estado, o cidadão deve invocar o princípio da proteção da confiança⁵⁸⁰.

Esta perspectiva do “Princípio da Estrita legalidade” no Brasil ancora-se na ideologia clássica positivista, que distingue o direito da moral e por isso isola a aplicação da lei de qualquer conteúdo relacional ou integrativo com o destino do produto arrecadado. Tanto assim é que o próprio Código Tributário Nacional estabelece em seu art. 4º. que a natureza do tributo independe do destino do produto da arrecadação⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 204.

⁵⁸⁰ YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário**: uma visão sistêmica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89-98.

⁵⁸¹ Recentemente, alguns tributaristas iniciaram o tratamento do (ou: começaram a defender o) Princípio da Referibilidade, segundo o qual o Estado deve gastar o dinheiro arrecadado com tributos no propósito designado quando da edição da lei, sob pena de o contribuinte ter, caso não haja o emprego para esta finalidade, direito à repetição de indébito (cf. BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 32 e seguintes). O Superior Tribunal de Justiça, em precedente da lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha, rechaçou a sua aplicação “o princípio da referibilidade direta, como defendido por vários autores, simplesmente não existe no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que se refere às contribuições de intervenção no domínio econômico. Trata-se de mera criação teórica e doutrinária, sem respaldo no texto da Constituição Federal” (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.233.605, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe 11/06/2010).

O objetivo desse isolamento restritivo próprio da hermenêutica tributária é o resguardo do patrimônio do contribuinte frente ao poder de tributar do “soberano”, pressupondo-se, para tanto, que a lei baste para assegurar a clareza e a liberdade necessárias à proteção do patrimônio individual.

Esta perspectiva tem sido criticada porque impediria que o Estado exigisse tributos quando houvesse necessidade de concretização de outros direitos prestacionais positivos, o que justificaria, indiretamente, a cobrança de tributos. É o que se diz acerca do dever fundamental de pagar impostos⁵⁸², já abordado na contextualização da compreensão do tributo.

Em razão disso, há diversas autoridades administrativas que descrevem a prática de contribuintes que abusam do planejamento tributário à alegação de que a lei é insuficiente para coibir tais situações factuais, por meio da interpretação, imprimem ao texto significados de reprimenda às estruturas adotadas no ambiente empresarial.

Isso se dá por meio de atos das próprias autoridades. As complementações de sentido das leis são veiculadas por instrumentos normativos denominados de infralegais e consistem em portarias, regulamentos, instruções normativas e circulares. Prestam-se a esclarecer o sentido do texto e somente se legitimam quando cumprem essa função. Caso esses atos infralegais criem uma nova regra, terá exacerbado o poder regulamentar e a consequência será sua ilegalidade.

Muitas vezes, com o argumento de esclarecer o sentido do texto, ele é transformado para levar a efeito interesses de aumento de arrecadação. No Brasil, Eurico de Santi⁵⁸³ realizou estudo no âmbito da Fundação Getúlio Vargas e constatou que a prática da aplicação da lei destoa do texto. Com o argumento de que os contribuintes objetivam se esquivar do pagamento de tributos, ao invés de se valer da lei para justificar o aumento do tributo, as autoridades administrativas

⁵⁸² É importante distinguir estado fiscal de estado tributário. No estado fiscal, a fonte de arrecadação advém de tributos não vinculados, ou seja, que não dependem de contraprestação estatal específica, enquanto que no estado tributário a maior parte da receita decorre da cobrança de tributos vinculados a alguma ação pública correspondente. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

⁵⁸³ SANTI, Eurico Marcos Diniz di. **Kafka: alienação e deformidade da legalidade**. 1. ed. São Paulo: FiscoSoft da Thomson Reuters, 2014, p. 37 e ss.

burlam a lei, sob o pretexto de interpretá-la, para cobrar mais tributos. Conforme dados apresentados, o aumento da carga tributária de 25% para 36% no ano de 2015 deveu-se a interpretações, não a mudanças no texto de lei.

Essa demonstração empírica revela a deficiência democrática na cobrança de diversos tributos, porquanto não há aval dos afetados para a exação no seu fundamento de validade, que deveria ser a lei, mas é a normativa do Executivo (norma secundária).

Por mais nobre que seja a justificativa apresentada para a subversão da lei democraticamente eleita, se ela não representar e sintetizar o anseio dos grupos afetados direta e indiretamente com o tributo, seja como pagador, seja como recebedor da receita pública, será destituída de legitimidade e de correspondência com os interesses sociais.

A almejada “segurança” da lei abstrata quanto ao modo, ao tempo, às circunstâncias e ao montante dos tributos não foi satisfeita apenas com o texto legal, o que gerou não apenas edição de atos regulamentares, como o questionamento administrativo e judicial do sentido dos termos da norma tributária abstrata.

Sobre a controvérsia de pagar ou não pagar o tributo, diante da insuficiência da lei escrita para a descrição do direito e suas consequências, exsurge a importância do juiz para auxiliar na definição e estabilidade do sentido das normas no Direito Tributário, decidindo por um ou outro argumento. Essa impossibilidade de previsão das situações jurídicas é denominada de “lacuna”, a qual pode ser de reconhecimento ou normativa.

A norma individual e concreta da decisão judicial é, portanto, resultado de um processo de “correção” da falibilidade do direito positivo. Assumindo essa premissa, a jurisprudência passa a ocupar um papel tão central quanto o da lei, mesmo nos países de *civil law*, o que confirma a necessidade de revisão da hierarquia proposta pela teoria das fontes do direito⁵⁸⁴. Os limites dessa atuação judicial estão definidos

⁵⁸⁴ CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade tributária e decisão judicial**: desmistificando o modelo *civil law* e recolocando o papel da jurisprudência para regulação de condutas no direito tributário brasileiro. Tese apresentada para obtenção do título de Doutora em Direito pela PUC-SP. 2014, p. 130.

pela própria concepção democrática, qual seja, a de que deverá interagir com os outros poderes e com os setores representados e afetados pela regra jurídica questionada.

Inclusive, a proliferação de normas a orientarem as relações jurídicas entre o Fisco e o contribuinte distorce a perspectiva da legalidade substancial e apresenta uma singular forma de tratamento desigual dos contribuintes. A respeito disso, uma constatação é apresentada por Klaus Tipke⁵⁸⁵ quanto ao caos em que o direito tributário se apresenta. Apenas os que possuem recursos financeiros elevados o suficiente para questionar os encargos fiscais e, assim, reduzir seus deveres tributários, é que o fazem. Aqueles que não têm acesso a aconselhamento jurídico não se valem do afastamento da exação – é o imposto para tolos, conforme afirma.

No Brasil, a situação ainda se agrava quando o Judiciário impede a representação dos interesses do contribuinte pelo Ministério Público. Conforme já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão ministerial não pode se valer de ação civil pública com o objetivo de discutir a cobrança de tributos, uma vez que os direitos do contribuinte, porquanto individuais e disponíveis, devem ser postulados por seus próprios titulares⁵⁸⁶. É que o acesso ao judiciário não pode ser exercido livremente, pois o ingresso em juízo é oneroso. Apenas quem pode custear os valores indiretos decorrentes de uma demanda judicial é que pode se valer do resultado.

Isso não significa dizer que deve ser ceifado o direito do contribuinte de questionar o tributo. Ao contrário, este direito é inerente à própria defesa da democracia, na medida em que os atos do poder público devem ser sindicáveis no judiciário para garantia de que haverá provocação institucional quando houver indicativo de falha na tomada do consenso na arena pública, na formulação da regra ou outras formas de deficiência democrática. No entanto, franquear a palavra aos que não identificam na legislação as falhas na adequação da exigência de tributos é condição fundamental para o exercício democrático na sua base, qual seja, o

⁵⁸⁵ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 74.

⁵⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 694294 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 16-10-2014 PUBLIC 17-10-2014.

reconhecimento dos direitos e a transparência na revelação do direito. É crível afirmar que as vicissitudes da legislação não sejam identificadas por aquele que não compreende as regras do jogo, e que legitimar quem representa esta ordem pública processual, ou seja, o Ministério Público, é uma forma de reconhecer as fragilidades da responsividade em nosso ordenamento jurídico.

O Judiciário, uma vez provocado, tem que avaliar a violação do meta-princípio, no caso concreto, e afastá-la, desde que tenha elementos para fazê-lo. O dever fundamental de pagar tributos não pode se sobrepor à teoria do limite dos limites⁵⁸⁷.

A teoria do limite dos limites consiste na definição de um núcleo mínimo de direitos que não pode ser vulnerado. No conjunto de direito, pode extrair a conclusão “errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição”⁵⁸⁸. Ocorre que estas limitações possuem parâmetro mínimo para preservação do núcleo essencial do direito fundamental.

O conteúdo essencial representa um limite à possibilidade de conformação e restrição dos direitos e diz respeito ao seu núcleo intangível, indisponível ao poder público.

A defesa do direito fundamental do contribuinte de insurgir-se contra o poder impositivo deve ser realizada e mantida como base para constante avaliação das decisões públicas (não o estímulo ao contencioso, mas ter ambiente em que há questionamento). E isso se dá por algumas razões. A argumentação de defesa do dever fundamental de pagar tributos, apesar de sistematicamente correta quando contraposta à série de direitos fundamentais resguardados na Constituição, pode justificar todo e qualquer tributo. Para a sua completa aplicação, devem haver algumas justificações: a relativa à adequação do tributo à capacidade contributiva e à igualdade na distribuição do encargo fiscal. Isso porque quando a tributação não é exigida apenas com base no dever de custeio das despesas públicas e na

⁵⁸⁷ FARIAS, Ricardo Bispo. O dever fundamental de pagar tributos e a teoria do limite dos limites aos direitos fundamentais. In VALADÃO, Marcos Aurélio (et al). **Direito tributário constitucional**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 340.

⁵⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

equivalência, e passa a ser orientada pela capacidade contributiva, deve ser resguardado o direito, fundamental, do contribuinte de questionar a exação e exigir que haja testes de impacto e comprovação de distribuição equânime do ônus fiscal na sociedade.

CAPÍTULO 5 ANÁLISE EMPÍRICA DA CONDUÇÃO DO PROCESSO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: O CASO DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS NO EXTERIOR

O Supremo Tribunal Federal possui inexoravelmente papel de alta relevância no esclarecimento e complementação do sentido das regras e dos princípios de natureza tributária.

Se, de um lado, a Corte tem de assumir seu papel institucional de proteger a Constituição e exercer o controle de constitucionalidade das leis, auxiliando o exercício da democracia, por outro lado, a leitura dessa competência pode ser feita de modo a enfraquecer o modelo democrático. Isso se percebe quando, por exemplo, se descarta seu próprio precedente ou se desconsideram os enunciados normativos atinentes ao tema discutido em determinado caso para, em juízo pessoal do magistrado, manifestar o direito constitucional sem amparo em manifestações dos interesses dos afetados direta e indiretamente com a decisão. Diz-se que a democracia fica enfraquecida em casos como esses porque o seu exercício é percebido com a participação representativa e direta dos afetados pela norma, direta e indiretamente, e porque há presunção desse procedimento em relação às leis; enquanto é possível que determinada lei não seja editada com lastro em representação de fato, o STF pode detectar esta falha, mas a sua suplementação somente será possível se a Corte dispuser de elementos dos afetados pela regra e tiver condições de traduzi-los para o discurso jurídico. Esta é a tarefa da Corte para colaborar com a democracia. Excluir os demais atores e fóruns institucionais democráticos para se colocar em posição de superioridade enfraquece o núcleo democrático porque os deslegitima e confirma a descredibilidade do ponto de vista institucional.

A contenção e precaução que a Corte constitucional brasileira precisa ter quando julga uma causa, a fim de recuperar historicamente em sua jurisprudência os precedentes formados sobre o assunto litigado, e quando examina os demais enunciados normativos, não apenas no resultado, mas na própria construção de tais enunciados de modo a ter elementos para se manifestar sobre a qualidade

democrática dos atos questionados, não a impedem de enfrentar questões jurídicas com apoio em elementos extrajurídicos.

Em verdade, para questões tributárias, o núcleo material tributário protegido no texto constitucional compreende a capacidade contributiva, a isonomia de tratamento dos contribuintes e a igualdade material na distribuição do ônus tributário, bem como a legalidade, seja do ponto de vista procedimental, como do material. Esses princípios tributários constitucionais permitem a reflexão sobre a constitucionalidade dos enunciados normativos questionados no Supremo Tribunal Federal, e a Corte deve examinar esses aspectos quando instada a fazê-lo.

Para explicitar a forma como este exercício colaborativo do Supremo Tribunal Federal pode ser levado a efeito, elegeu-se um assunto de bastante relevância julgado pela Corte, em que havia questionamento de constitucionalidade de dispositivo de medida provisória, e que contou com repercussão econômica considerável. Além disso, conforme pesquisa de doutoramento realizada por Luciano Fuck, este julgamento representou “lamentável” episódio, na medida em que “durou mais de dez anos e o resultado proclamado, quase incompreensível, consistiu em verdadeira colcha de retalhos com zonas de indecisão”⁵⁸⁹.

5.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.588 E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.586 – QUESTIONAMENTO DO ART. 74 DA MP 2.158-35 E DO ARTIGO 43, PARÁGRAFO 2º. DO CTN – TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS NO EXTERIOR

Em 21 de dezembro de 2001, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs ação direta de inconstitucionalidade para questionar a constitucionalidade dos dispositivos 74, *caput*, parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e 43, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Para compreensão do contexto em que a referida MP foi editada, é importante mencionar a Lei 9.249. O seu art. 25 inaugurou a tributação no exterior sobre lucros auferidos por pessoas jurídicas brasileiras, por meio de suas controladas ou coligadas no exterior, nos seguintes termos: “os lucros, rendimentos e ganhos de

⁵⁸⁹ FUCK, Luciano Felício. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 265.

capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano⁵⁹⁰. Os §§ 2º e 3º do mesmo artigo definiram, respectivamente, que estes lucros seriam agregados ao lucro real das pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, mediante adição na proporção de sua participação acionária na controlada ou coligada. No que tange aos lucros auferidos pela controlada, seriam adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real. Por outro lado, os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil computar-se-iam por meio da adição ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada.

O dispositivo do art. 25 foi questionado diante de dois preceitos legais: o primeiro deles seria o conceito legal de renda, definido como a “aquisição de disponibilidade econômica” do capital pelo contribuinte, de acordo com o que a tributação de lucros auferidos no exterior pela pessoa jurídica brasileira só seria possível no momento em que esses rendimentos se tornassem disponíveis para a controladora ou coligada no Brasil.

A segunda argumentação diz respeito à aplicação da nova regra em relação aos lucros auferidos pelas sociedades empresárias controladoras e coligadas sediadas em países que celebraram tratados contra a dupla tributação com o Brasil. Para estes países, haveria conflito entre o mencionado dispositivo e os referidos tratados, tendo em vista que esses acordos internacionais proíbem explicitamente a tributação, por um Estado, de lucros auferidos por empresas de outro Estado. Quanto a este ponto, no Brasil, a regra contra a dupla tributação encontra-se no artigo VII da convenção modelo da OCDE, a qual dispõe em sua cláusula 1ª que os lucros de uma empresa sediada em um Estado contratante só podem ser tributados neste Estado, salvo se a empresa exercer sua atividade em outro Estado por intermédio de um estabelecimento ali situado. Além disso, se a empresa exerce sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas

⁵⁹⁰ Até a edição da Lei no. 9.249/95, vigorava no Brasil, em matéria de imposto de renda das pessoas jurídicas, o princípio da territorialidade segundo o qual não havia tributação de rendimentos e ganhos de capital decorrentes de atividade jurídica e funcional exercida no exterior.

apenas na proporção do excedente em relação ao que for feito o envio pelo estabelecimento naquele país.

Em resumo, a convenção da OCDE estabelece duas condições à tributação das filiais ou controladas estrangeiras pelo país, quais sejam: i) a empresa estrangeira constitua estabelecimento empresarial estável no exterior; ii) a tributação sobre lucros incida unicamente sobre o referido estabelecimento.

Assim, o acordo internacional também constituiria um obstáculo à aplicação da Lei n. 9.249, na medida em que a tributação inaugurada incidiria diretamente sobre o lucro auferido pela filial ou controlada no exterior, em inobservância, portanto, ao requisito da vinculação do tributo ao estabelecimento legal que gere o lucro, conforme estabelece a norma internacional.

Diante das discussões e tensões do campo, e para atribuir tratamento aos lucros auferidos no exterior, foi editada, em 27 de junho de 1996, a Instrução Normativa n. 38/96 da Receita Federal do Brasil que determinou que os lucros auferidos em Estado estrangeiro só seriam tributáveis no Brasil quando disponibilizados na sociedade brasileira.

No ano 2000, cinco anos após a edição da Lei n. 9.249/95, a Lei Complementar n. 104/00 inseriu no texto do artigo 43 do CTN o seu parágrafo segundo (§2º), o qual, pretendendo elucidar a hipótese de incidência do imposto de renda em lucros auferidos por empresas estrangeiras, determinou que, para esses casos, lei posterior estabelecerá as condições e o momento em que se consideraria configurada a disponibilidade desses rendimentos, do seguinte modo: “na hipótese de receita ou rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade para fins de incidência do imposto referido neste artigo”.

Apesar de o § 2º do artigo 43 do CTN prever a edição de lei ordinária para tratar da matéria, foi com fundamento neste permissivo que, em 24 de agosto do ano de 2001, o Poder Executivo editou a Medida Provisória n. 2158-35.

Alterando as legislações do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas brasileiras, a mencionada medida provisória definiu as condições e o momento nos quais, para fins de incidência do Imposto de

Renda – IR e da Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL, seriam considerados disponíveis os lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas, da seguinte forma:

“Art. 74 - Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento”.

A partir de então, passou a vigor, para as empresas controladas ou coligadas a pessoas jurídicas brasileiras, a regra da disponibilidade por presunção legal, ou seja, a disponibilidade, independente da transferência do lucro dessas empresas para a pessoa jurídica situada no Brasil, ocorreria na data de apuração dos lucros no exterior, como determina o texto do artigo 74 da MP n. 2158-35.

Por presunção legal no direito tributário, consideram-se as diretrizes “técnicas ou enunciados jurídicos que estabelecem o procedimento (meio) que viabiliza o alcance dos fins perseguidos pelo direito: regular condutas, garantir eficácia à arrecadação, evitar evasão fiscal, entre outro”⁵⁹¹

Por sua vez, o parágrafo único do mesmo artigo tratou de eventuais lucros auferidos anteriormente ao ano de edição da medida provisória (2001), estabelecendo que, excepcionada a ocorrência de outras hipóteses de disponibilidade, estes lucros seriam considerados disponibilizados para fins de tributação em dezembro do ano seguinte, nos seguintes termos:

Os lucros apurados por controladora ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

Nesse contexto, em representação dos interesses das indústrias, no dia 21 de dezembro do mesmo ano, a Confederação Nacional da Indústria – CNI – ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade objeto deste estudo, ADI 2588.

⁵⁹¹ HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no direito tributário**: teoria e prática. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2010, p 605.

5.1.1 Os argumentos apresentados pela CNI

Por meio do referido expediente processual, a entidade questionou a validade da norma contida no artigo 74, *caput*, e parágrafo único da MP 2158-35, bem como requereu a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do §2º do artigo 43 do CTN para afastar a interpretação dada a este dispositivo que permitiu a edição da MP em comento.

O primeiro argumento apresentado pela CNI diz respeito ao fato de que o artigo 74, *caput*, violaria a legalidade formal, por violação ao artigo 62⁵⁹² da Constituição Federal, pois não estariam presentes os requisitos da urgência e da relevância necessários à edição da regra de tributação pela medida provisória. Para demonstrar a inexistência de urgência, afirmou que não haveria qualquer pressa em se estabelecer, em agosto de 2001, disciplina jurídica para situações jurídicas que só ocorreriam, de fato, em dezembro do ano seguinte ao da sua edição.

A CNI destacou, ainda, que apesar de a Emenda Constitucional 32/2001 ter sido editada posteriormente ao texto da medida provisória submetido a controle concentrado de constitucionalidade, a inconstitucionalidade formal apontada poderia ser apreciada por via do controle abstrato, uma vez que “o controle de constitucionalidade não se dá quanto ao texto legal mas, sim, quanto ao texto normativo” e, mesmo antes de a EC 32 tornar explícito, a Constituição Federal já exigia, para edição de medidas provisórias, o cumprimento do requisito da urgência.

Assim, a norma constitucional do artigo 62 não teria sofrido qualquer alteração quanto à exigência de cumprimento do requisito da urgência e poderia ser utilizada para fins de controle de constitucionalidade pela via abstrata.

No que diz respeito, especificamente, à alegada inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 43 do CTN, a CNI afirmou que essa interpretação, na qual se embasa a edição do artigo 74 da MP n. 2158-35, violou o próprio o conceito de renda contido nos artigos 43, *caput* do CTN e 153, III da Constituição Federal.

⁵⁹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Segundo a Constituição Federal e, conseqüentemente, segundo o próprio artigo 43, caput do CTN, “renda” seria somente o capital tornado disponível econômica e juridicamente ao contribuinte. A tributação dos lucros auferidos no exterior antes da efetiva transferência de sua titularidade à pessoa jurídica brasileira consistiria em tributação sobre saldos que não configuram renda por não estarem disponíveis ao uso do contribuinte.

Logo, a disponibilidade de saldos para fins de tributação seria, na visão da entidade proponente, um acontecimento fático insubstituível por qualquer determinação legal em sentido diverso. Assim, a lei não poderia criar disponibilidade ficta, ou por presunção legal quanto à ocorrência de fato imponível sem que implicasse em verdadeira afronta à norma contida no artigo 153, III da Constituição Federal.

Para embasar o seu argumento, a CNI utilizou-se dos conceitos de Roberto Quiroga Mosqueira sobre renda: “falar de disponibilidade econômica ou jurídica é o mesmo que falar em acréscimo de elementos patrimoniais”⁵⁹³, e “só se pode falar em acréscimo de elementos patrimoniais na medida em que estes passem a pertencer a determinada universalidade”⁵⁹⁴.

Admitindo-se esse significado do conceito de renda, segundo a CNI, o dispositivo contido no artigo 74, *caput*, da Medida Provisória 2158-35/01, padeceria da mesma inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF quando julgou e declarou inconstitucional, em sede de controle difuso, o artigo 35 da Lei n. 7.713/88.

O mencionado artigo previa a possibilidade de recolhimento do imposto de renda das pessoas físicas dos sócios cotistas, acionistas ou titulares de empresas individuais pela modalidade “desconto na fonte”. Assim, o dispositivo previa a incidência do imposto de renda, tendo por fato gerador a simples apuração de lucro líquido pelas sociedades na data de encerramento do período base: “o sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de

⁵⁹³ MOSQUEIRA, Roberto Queiroga. **Renda e Proventos de qualquer natureza**: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996, p. 124.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 126.

renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base”. Por ocasião do julgamento em comento, o colegiado do STF reconheceu a incompatibilidade do dispositivo, referenciado em relação ao que dispõe a definição de renda estabelecido na Constituição da República – no que diz respeito aos sócios cotistas e acionistas – por permitir a incidência de tributação sobre rendimentos que sequer teriam se tornado disponíveis aos contribuintes, ou seja, por presumir como renda a mera expectativa de lucros. Da ementa do julgado, a CNI destacou o seguinte trecho:

“o artigo 35 da Lei 7713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda a modalidade ‘desconto na fonte’, relativamente aos acionistas na simples apuração pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro-líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional”⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República. TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuente, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" - alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988. IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior. IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76. IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do

A Corte estabeleceu, contudo, que, quanto aos sócios cotistas e acionistas, o dispositivo seria constitucional quando a hipótese de disponibilidade imediata do lucro líquido empresarial constasse no próprio contrato social da sociedade anônima (forma jurídica de constituição empresarial em que o capital social não está atribuído a um nome, mas em ações).

Assim, se logo após a apuração de resultados da sociedade, os sócios ainda não tivessem, por previsão no contrato social, a faculdade de dispor dos saldos apurados, estar-se-ia diante da tributação de lucros ainda não disponíveis ao contribuinte, os quais não constituiriam renda tributável, conforme conceito de renda contido na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional.

Dito de outro modo, enquanto o fato de auferir o lucro é mera expectativa da apuração de resultados, não se configura como aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de rendimentos e, portanto, não é passível de incidência do imposto.

A disponibilidade ocorreria pela efetiva distribuição de lucros da sociedade anônima aos seus sócios. Com base neste precedente, a CNI afirmou que o STF fixou o entendimento de que, de um modo geral, a tributação só poderia incidir sobre a renda, a qual se constituiria, por sua vez, dos saldos já incorporados ao patrimônio dos contribuintes ou dos valores que representassem verdadeiro acréscimo patrimonial, não a mera expectativa de acréscimo.

Outro precedente também foi citado pela CNI para justificar o conceito de renda para fins de tributação. Trata-se do Recurso Extraordinário 117.887-6, originário do Estado de São Paulo, no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal

princípio da despersonalização. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA. A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgara a causa aplicando o direito a espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele insertas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, as soluções que, embora práticas, resultem no desprezo a organicidade do Direito. (RE 172058, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1995, DJ 13-10-1995 PP-34282 EMENT VOL-01804-08 PP-01530 RTJ VOL-00161-03 PP-01043).

declarou a inconstitucionalidade do artigo 38 da Lei n. 4.506/64 (Lei do Imposto de Renda), que permitia a cobrança, na fonte, do adicional de 7% do imposto de renda sobre lucros já distribuídos aos sócios das sociedades empresárias.

No caso, o contribuinte havia arguido o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, na medida em que autorizava o legislador a tributar com o aludido adicional dos saldos de conta da empresa que não constituíam lucros distribuídos aos sócios e que, portanto, não configuravam renda para fins de incidência de tributos.

Pelo fato de a legislação ter sido editada em período anterior à Constituição de 1988, a Corte averiguou a sua compatibilidade com a carta de 1946 e reconheceu que o dispositivo desrespeitava o disposto em seu artigo 15, por deformar o significado do termo “rendas e proventos de qualquer natureza” nele contido. No caso, ficou concluído o seguinte: “o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou auferimento de algo a título oneroso”⁵⁹⁶.

Para demonstrar a proximidade das argumentações e dos contornos de objeto do precedente citado como paradigma e da ADI ajuizada, a CNI destacou do voto do Ministro Carlos Velloso o trecho em que afirma não ser possível a afirmativa de que haja renda sem acréscimo patrimonial, acréscimo este decorrente do ingresso ou auferimento de algo onerosamente. Não seria crível que o legislador criasse uma renda ficta. Além disso, há correspondência semântica entre os textos das duas Constituições: a CNI aduziu que o artigo 15, inciso IV, da Constituição de 1946 – reconhecidamente violado pela norma declarada inconstitucional no precedente – equivale literalmente ao artigo 153, III da Constituição de 1988, o qual supostamente estaria sendo violado pela mesma distorção do conceito de “renda e

⁵⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDA - CONCEITO. Lei n. 4.506, de 30.XI.64, art. 38, C.F./46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. I. - Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. C.F., 1946, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. II. - Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64, que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre lucros distribuídos. III. - R.E. conhecido e provido” (RE 117887, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578)

proventos de quaisquer naturezas”. Por fim, o dispositivo do CTN que complementa o sentido do texto constitucional consistia efetivamente no exato termo utilizado, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A CNI alegou, ademais, incompatibilidade entre a norma questionada e a convenção modelo da OCDE. No ponto, salientou que, mesmo para a convenção internacional, a tributação de lucros prévia à distribuição de dividendos (parcela do lucro apurado por sociedades anônimas) só seria permitida nos casos em que alguns acionistas obtivessem o controle de determinar, por todos os sócios, quando e como se distribuiriam os lucros, pois, nesses casos, estaria configurada a disponibilidade do saldo apurado pelo contribuinte. Se não há controle, não é viável a configuração de aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica anteriormente à distribuição de dividendos. Desse modo, embora se pretenda, com a MP 2.158, rever a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a materialidade e a temporalidade do imposto sobre a renda, firmada nos aludidos precedentes referidos, para se permitir a tributação de resultados não efetivamente distribuídos, esse procedimento nunca se poderia dar em relação a fatos alheios à tomada de decisão pela distribuição ou não dos resultados.

Sob esse ponto de vista, a CNI aludiu que a interpretação dada ao artigo 43, §2º do CTN, a qual serviu de embasamento jurídico para a edição da Medida Provisória n. 2158-35/01, também constituiria afronta ao que dispõe a Convenção Modelo da OCDE.

Após a apresentação dos argumentos que sustentaram o pedido de inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 43, § 2º do CTN, consigne-se o questionamento feito pela CNI quanto à constitucionalidade do parágrafo único do artigo 74 da MP 2158-35, o qual previu a tributação, no ano de 2002, dos lucros apurados pela controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 na data da publicação do balanço da companhia. Eram os seguintes os termos do dispositivo cuja constitucionalidade foi questionada:

“Os lucros apurados por controladora ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”.

A CNI apontou que, pelo fato de o preceito legal prever a tributação incidente

sobre os lucros apurados por controladora ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001, só haveria duas hipóteses de interpretação do citado parágrafo e ambas constituiriam violações a princípios tributários previstos no inciso III do artigo 150 da Constituição Federal.

Por “lucros apurados até 31 de dezembro de 2001”, poder-se-iam considerar tanto os apurados entre a edição da medida provisória e o dia 31 de dezembro de 2001, quanto aqueles apurados, mas não distribuídos, em momentos anteriores ao dia 31 de dezembro de 2001.

A primeira das interpretações implicaria em violação ao princípio da anterioridade tributária, contido na alínea “a” do inciso III, do artigo 150 da Constituição Federal; a segunda interpretação implicaria em violação da regra da irretroatividade da lei tributária, prevista na alínea “b” do mesmo dispositivo.

Por uma ou por outra das interpretações dadas à previsão legal, direito constitucional do contribuinte teria sido violado na garantia de não-surpresa da lei tributária. Para reforçar a sua argumentação, a CNI mencionou o julgamento do Recurso Extraordinário 138.284⁵⁹⁷.

No mencionado precedente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo

⁵⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições parafiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parágrafo. 4. do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parag. 4.; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas a lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, “a”). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa e que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.). V. - Inconstitucionalidade do art. 8., da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art. 150, III, “a”) qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, parag. 6). Vigência e eficácia da lei: distinção. VI. - Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8 da Lei 7.689, de 1988”. (RE 138284, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28-08-1992 PP-13456 EMENT VOL-01672-03 PP-00437 RTJ VOL-00143-01 PP-00313)

8º da Lei no. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, quando determina a cobrança da criada Contribuição Social sobre o Lucro antes de decorridos 90 (noventa) dias entre a sua edição e a produção de efeitos.

Por fim, pleiteou o reconhecimento de urgência para a concessão de tutela liminar de modo a suspender a eficácia do preceito atacado até o julgamento final, uma vez que, considerada a regra estabelecida, os fatos econômicos que serviriam como base para a incidência dos tributos tratados pela medida provisória inquinada de inconstitucionalidade, em 2002, seriam justamente os que estavam a ocorrer naquele mesmo ano.

5.1.2 O processamento da ADI no STF e as manifestações institucionais representativas

Em resposta ao pedido de concessão de medida liminar, a Advocacia do Senado Federal juntou informações aos autos por meio das quais defendeu a falta de pertinência temática a sustentar a legitimidade da CNI diante do objeto da ação. Além disso, afirmou que a entidade não teria demonstrado a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* de forma objetiva, fazendo apenas juízos subjetivos sem qualquer valor comprobatório ao seu direito de tutela liminar.

Posteriormente, a Advocacia Geral da União – AGU requereu concessão do prazo de 10 dias para apresentação da manifestação do Presidente da República e pleiteou a adoção do rito célere previsto no artigo 12 da Lei 9.868/99 para submeter a ADI diretamente ao plenário da Corte, de modo a favorecer a economia processual.

O Presidente da República juntou aos autos informações prestadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN e rebateu todos os argumentos veiculados na inicial para aduzir, primeiramente, que descaberia a alegação de violação ao artigo 62 da Constituição Federal pela edição da Medida Provisória 2158-35, pois a perquirição dos pressupostos para a respectiva edição seria de competência exclusiva do chefe de governo, não cabendo ao Judiciário analisá-los. Eventual reconhecimento de inconstitucionalidade da medida provisória por falta de cumprimento ao requisito da urgência só poderia ser feito pelo Poder Judiciário em situação de “manifesto abuso que somente ocorreria em caso de medida provisória

veiculadora de matéria já expressamente rejeitada no Congresso Nacional”⁵⁹⁸, nos termos de manifestação apresentada pelo STF quando do julgamento da ADI 293.

Quanto ao fato de que os dispositivos *sub judice* estariam em conflito com a Constituição Federal por inaugurarem hipótese de incidência de tributos sobre situação que não configuraria disponibilidade de renda, a Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou que, apesar das controvérsias em torno dos conceitos de disponibilidade jurídica e econômica da renda, estas equivaleriam, respectivamente, à “obtenção do direito de crédito não sujeito a condição suspensiva” e à “obtenção da faculdade de usar, gozar, dispor de dinheiro ou de coisa nele conversível”.

Sob esse ponto de vista, o acréscimo patrimonial que caracteriza a disponibilidade da renda poderia ser considerado como efetivo, independentemente da deliberação da sociedade pela sua distribuição. Por essa lógica, a simples previsão de distribuição de lucros já configuraria situação de disponibilidade jurídica e econômica de lucros, o que os tornaria passíveis de tributação. Eis, pois, a diferença entre a disponibilidade jurídica e econômica para a PGFN. A regra que determinou a tributação de lucros na data de apuração dos resultados não poderia ser chamada de ficção legal, mas, apenas, de presunção legal absoluta.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou a argumentação de que a previsão legal seria mais próxima da realidade econômica por impedir, pela via potestativa, ou seja, por deliberação própria dos contribuintes, que ocorresse a protelação do recolhimento de tributos. Desse modo, a regra colaboraria para o combate da evasão fiscal ou da dissimulação da ocorrência do fato gerador do

⁵⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA N. 190/90 - PERDA DE EFICÁCIA POR FALTA DE APRECIACÃO OPORTUNA PELO CONGRESSO NACIONAL (CF, ART. 62, PARÁGRAFO ÚNICO) - PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. - A medida provisória constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e de precariedade que o qualificam, de eficácia temporal limitada, na medida em que, não convertido em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo. - A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias. Uma vez cessada a vigência da medida provisória, pelo decurso "in albis" do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 293 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1993, DJ 18-06-1993 PP-12109 EMENT VOL-01708-01 PP-00147 RTJ VOL-00151-01 PP-00011)

imposto de renda.

Além disso, a Procuradoria afirma que não faria qualquer diferença aos contribuintes bem-intencionados, na medida em que pagariam o tributo, antes ou após a percepção dos respectivos rendimentos.

Com relação aos precedentes apresentados como paradigmas, a Procuradoria reputou-os como inaplicáveis ao caso. Quanto ao RE 172.058-SC, apontou que o seu objeto não seria comparável ao do caso em questão, pois, aquele, tratou da inconstitucionalidade do dispositivo que determinava a incidência do imposto de renda na fonte da pessoa física dos sócios acionistas, cotistas e titulares de empresas individuais, enquanto que o regime questionado na ADI em questão abordaria o tratamento dispensado às pessoas jurídicas. Referindo-se ao mesmo precedente, a Procuradoria destacou ainda que a falta de similitude entre os objetos se encontraria na ampliação do conceito de renda após o advento da Lei Complementar 104/2001, pelo acréscimo do termo no texto legal de “aquisição da disponibilidade jurídica”.

Em relação ao RE 172.058, haveria um óbice à sua aplicação ao caso em apreço, pois relativo a imposto de renda a ser recolhido pela pessoa jurídica, sobre lucros distribuídos aos seus sócios.

Por fim, a argumentação da entidade proponente sobre a violação pelo parágrafo único do artigo 74, da MP n. 2158-35, aos princípios da anterioridade e da irretroatividade tributária, pois não se trata de criação nem de majoração de tributo, mas de simples alteração do aspecto temporal para a incidência do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

A Advocacia Geral da União reiterou os argumentos apresentados pelo Presidente da República, defendeu que a medida provisória sob análise não teria descumprido o requisito de urgência, pelo simples fato de ter sido editada antes da entrada em vigor da EC n. 32/2001. As medidas provisórias editadas anteriormente a essa Emenda teriam urgência reconhecida por presunção legal absoluta, não se admitindo questionamento acerca da eleição por essa via.

Além disso, o cumprimento, ou não, do requisito de urgência para edição ou reedição da mencionada medida não poderia ser conhecido por meio de controle

concentrado de constitucionalidade, uma vez que, segundo decidiu a Suprema Corte em momentos anteriores, o texto violado deveria estar em vigor ao tempo do exercício do julgamento em controle concentrado, o que não seria o caso do artigo 62, pois esse dispositivo teria sido reinaugurado pela Emenda 32.

A AGU sustentou ainda que, pela mais recente posição do STF, competiria ao chefe do Poder Executivo, e não ao Judiciário, realizar a análise do mérito de urgência para edição de medidas provisórias.

No que tange à configuração da disponibilidade econômica e jurídica da renda, afirmou que poderia ocorrer de duas formas: com o auferimento efetivo de algo a título oneroso ou com a percepção econômica ou jurídica do saldo tributável, quando a incidência, na espécie, seria instantânea, como no caso do imposto de renda retido na fonte. Para exemplificar, realçou que a Constituição Federal admite a incidência instantânea e isolada do imposto de renda na fonte nos casos em que o Fisco não consegue verificar o real acréscimo patrimonial do contribuinte. Citou os seguintes raciocínios de Gilberto de Uihôa Canto, Carlos Garcia de Souza e Ian de Porto Alegre Muniz para sustentar seu argumento: determinados casos de tributação na fonte admitem a cobrança de uma alíquota “prevista em lei sobre um rendimento tomado como base de cálculo representativa de um acréscimo patrimonial, pois o arbitramento é facultado pelo art.148 CTN quando não for possível a apuração real”⁵⁹⁹. Além disso, para dar exemplo, a mesma situação ocorre quando se está diante de rendimento auferido por residente ou domiciliado no exterior, uma vez que a autoridade brasileira não pode obrigá-lo a externar os elementos que levam à apuração do acréscimo patrimonial efetivo segundo a lei brasileira.

Por tais razões, a AGU conclui que, como regra geral, a Constituição Federal parte do conceito de renda e proventos de qualquer natureza para admitir como acréscimo patrimonial tanto a renda líquida ou o lucro líquido, quanto, por vezes, a receita bruta, nas hipóteses em que o Fisco brasileiro não possa quantificar em termos reais o acréscimo patrimonial.

No que diz respeito à delimitação da eficácia da lei tributária frente ao

⁵⁹⁹ In MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. São Paulo: CEU, 1986, p. 11-12.

contexto internacional, foi destacado que os Estados soberanos podem adotar o princípio da territorialidade, quando tributam apenas as fontes produtoras ou pagadoras da renda em seus territórios, ou o princípio da universalidade, caso em que seguem a regra da tributação com base na renda universal do contribuinte denominada “*world wide income taxation*”.

Segundo a AGU, o Brasil teria adotado, até o início da vigência da Lei no. 9.249/95, o princípio da territorialidade, ao tributar somente os rendimentos auferidos pela fonte produtora da renda situada em território brasileiro. Mas, a partir de 1995, o país teria assumido o princípio da universalidade para as empresas nacionais, o que lhe conferiria prerrogativa para ter por base de tributação os rendimentos universais auferidos pelas empresas situadas em território nacional.

Nessa linha, a AGU sustentou que o §2º do artigo 43 do CTN nada mais teria feito do que fixar o momento de ocorrência do fato gerador do imposto de renda sobre a parcela dos lucros obtidos pelas pessoas jurídicas brasileiras por meio de suas empresas controladas ou coligadas situadas no exterior.

Como reforço, o texto do artigo 21 da Medida Provisória n. 2158-35, no qual se encontra prevista a cobrança de CSLL “observadas as regras da tributação universal de que tratam os artigos 25 a 27 da Lei n. 9.249/95”, destacou que os objetivos básicos do preceito contido no artigo da medida provisória seriam os de simplificar a legislação tributária e combater a elisão fiscal internacional abusiva à lei, proporcionada pelos estímulos a paraísos fiscais.

Ainda, defendeu que o modelo de tributação que aguardasse a distribuição de lucros e não incidisse sobre os rendimentos no momento de sua apuração, estaria dificultando o alcance da meta perseguida pelo Brasil de erradicar a evasão fiscal no ambiente internacional.

Para conceituar “disponibilidade jurídica” da renda, transcreveu trecho da doutrina de José Luiz Bulhões Pereira segundo o qual esta seria a “disponibilidade presumida por força de lei, que define como fato gerador do imposto a aquisição

virtual e não efetiva, do poder de dispor de renda”⁶⁰⁰.

Por fim, a AGU afirmou que a pretensão da CNI submeteria o interesse público a uma condição potestativa dos contribuintes, qual seja, “a manifestação, muitas vezes com abuso de direito ou fraude à lei, da vontade da sociedade e de seus integrantes no sentido de liberar os rendimentos”.

Assim, a regra contida no artigo 74, *caput* da MP 2158-35 impediria que o interesse público ficasse submetido à vontade do contribuinte, pois, de outro modo, poderia ser protelado indefinidamente o recolhimento dos tributos pela simples dissimulação da ocorrência do fato gerador.

A AGU manteve a defesa da constitucionalidade do § 2º do artigo 43 do CTN, citando parte do pronunciamento do Coordenador Geral de Tributação da Receita Federal, segundo o qual não seria ficção legal, mas, sim, presunção legal absoluta. É que a lei afirmou que os lucros apurados por controladas ou coligadas no exterior são renda no momento de sua apuração, segundo a redação da MP nº 2.158-35. Para exemplificar, a alienação da participação societária segundo o método da equivalência patrimonial, referidos lucros integram o custo de aquisição das ações ou quotas alienadas. Se assim não fosse, não integrariam aquele custo, e a alienante apenas seria tributada em relação ao valor obtido na alienação, deduzido o custo de aquisição.

Além disso, cada Estado, ao exercer sua soberania, tutela as relações comerciais conforme lhe seja conveniente e, assim sendo, ao invés de realizar o cotejo da legislação de cada país e verificar quando cada uma considera disponível o lucro, o legislador brasileiro optou por estabelecer presunção legal absoluta, de acordo com critérios próprios, sobre o momento no qual os lucros se consideram disponíveis.

Nesses termos, a AGU salientou que não haveria a pretensa inconstitucionalidade do artigo 74 da MP no. 2.158-35 frente ao artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, pois que este último não teria, em momento algum, definido

⁶⁰⁰ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a renda da pessoa jurídica**, Rio de Janeiro: Justec, 1979, p.197.

o conceito de renda, uma vez que tal tarefa sempre esteve a cargo do artigo 43 do CTN. O § 2º deste mesmo artigo não padeceria de qualquer inconstitucionalidade, pois teria encarregado a lei posterior da tarefa de definir o momento de ocorrência do fato gerador.

No que diz respeito ao parágrafo único do artigo 74, da citada medida provisória, afirmou a AGU que não haveria, pelo dispositivo, qualquer desrespeito aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária. É que “a provisão para o imposto de renda de 2001 nada tem a ver com o pagamento mensal do imposto de renda em 2002”.

Por fim, segundo a Advocacia Geral da União, não seria adequado afirmar que o RE 172.058-1 tivesse declarado a total inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei 7.713/88, pois, naquela oportunidade, a Corte teria apenas reconhecido a inconstitucionalidade do artigo em relação aos acionistas de sociedades anônimas e, no que diz respeito ao titular da empresa individual, o STF reconheceu a constitucionalidade do mesmo artigo.

Sequencialmente à manifestação da Advocacia Geral da União, cuja missão no controle de constitucionalidade diz com a defesa da constitucionalidade das leis atacadas, houve a manifestação da Procuradoria Geral da República – PGR.

É relevante registrar que a participação da AGU no debate constitucional em controle concentrado é restrita à defesa da constitucionalidade do ato questionado⁶⁰¹.

Primeiramente, a PGR sustentou ser incabível a alegação da falta de pertinência temática da CNI, como havia aduzido o Senado Federal. É que as normas atingem os interesses das companhias industriais que tenham participação em outras situadas no exterior.

Discordou, também, da suposta prejudicialidade da ação no que tange à alegação de ofensa aos pressupostos da urgência e relevância para edição de

⁶⁰¹ LUIZ NETO, Carlos. Obrigatoriedade do Advogado-geral da União atuar na defesa do ato ou texto impugnado por ação direta de inconstitucionalidade. *In Revista da AGU*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/525852>. Acesso em: 20 mai. 2017.

medidas provisórias. Sua razão para discordar assenta-se no fato de que a Emenda Constitucional n. 32, apesar de dar nova redação ao artigo 62 da Constituição Federal, não instituiu o elemento da urgência como condição de validade das medidas provisórias, o qual já existia anteriormente à EC 32/2001.

No mérito propriamente dito da medida provisória, a PGR sustentou serem inaplicáveis ao caso os precedentes citados pela requerente. No que diz respeito ao RE 172.058-1, o artigo 35 da Lei 7.713/88, declarado inconstitucional na ocasião, tratava de tributação das pessoas físicas dos sócios relativamente aos lucros ainda não distribuídos, enquanto que a discussão em questão tratava da tributação de pessoa jurídica, o que autorizaria regime diferenciado⁶⁰².

Quanto ao RE 117.887, também citado pela autora, as circunstâncias do caso seriam incompatíveis com a ADI em comento, uma vez que a regra do artigo 43, §2º, do CTN não teria alterado o conceito de renda previsto no *caput*, mas apenas determinado o momento de ocorrência do fato gerador da tributação.

Sobre a alteração do aspecto temporal dos tributos, a PGR afirmou que o STF já havia reconhecido como válida a definição do elemento temporal por lei ordinária quando decidiu ser constitucional a norma que antecipou o elemento temporal do fato gerador do ICMS.

O parágrafo único do artigo 74 da MP n. 2158-35, também segundo a PGR, não violaria os princípios da anterioridade ou da irretroatividade da lei tributária,

⁶⁰² A diferença entre os regimes de competência e de caixa está sintetizada a seguir: “nesta hipótese [regime de competência], os resultados são reconhecidos no mês da realização das operações, independentemente de seu efetivo recebimento/realização. Aqui, as receitas são reconhecidas no momento em que estiverem juridicamente disponíveis. Contabilmente, no regime de competência, portanto, a receita bruta será reconhecida no momento da venda de bens e/ou da prestação de serviços, e seu registro ocorrerá na Demonstração de Resultados do Exercício (DRE). De outro lado os valores efetivamente recebidos pela empresa, que adota o regime de competência, são reconhecidos, num dado momento (análise estática) na conta ‘Caixa/Bancos’, retratada no Balanço Patrimonial (BP) O regime de ‘caixa’, por sua vez, é o regime que permite o reconhecimento das despesas e receitas, contabilmente, apenas quando dos efetivos pagamentos (despesas) e recebimentos (receitas), isto é, conforme o dinheiro entra e sai da empresa. Segundo Tércio Chiavassa, “neste tipo de regime (...) as receitas somente serão reconhecidas (...) quando estiverem economicamente disponíveis” (RAHAL, Vanessa. A contribuição ao PIS e a COFINS diante dos casos de inadimplência: entre o conceito de faturamento e os regimes contábeis de reconhecimento de receitas. *In* PRADO, Roberta Nioac et al (coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95-97).

como afirmou a requerente, pois, no caso, a lei não havia criado ou sequer aumentado tributos, mas apenas definido o momento de ocorrência do fato gerador dos mesmos.

Além disso, a PGR argumentou que, sem a regra estabelecida pela medida provisória, os lucros empresariais poderiam permanecer indefinidamente na conta-reserva de lucros no exterior, sem tributação no Brasil; ou, ainda, poderiam vir para o Brasil por intermédio de outras empresas situadas no exterior, de modo que a Receita Federal jamais conseguiria rastreá-los.

Por fim, a PGR explicitou que o requisito da urgência da norma tributária decorreria de sua própria finalidade, que, no caso da MP n. 2158-35, seria proporcionar a justa distribuição de riquezas pela arrecadação e distribuição dos impostos, orientadas à redução das desigualdades sociais e ao desenvolvimento nacional. Por isso, a medida provisória atenderia aos requisitos constitucionais exigidos para a edição legítima da espécie legislativa em referência.

5.1.3 O julgamento da ADI 2588 no STF

Em sessão plenária realizada no dia 05 de fevereiro de 2003, a Ministra Ellen Gracie, relatora da ação na Corte, proclamou seu voto para, primeiramente, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa sustentada pelo Senado Federal, e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido formulado pela CNI.

Quanto à alegação de ausência de pertinência temática, entendeu ser improcedente, uma vez que a Confederação Nacional da Indústria, segundo seu próprio estatuto juntado aos autos, teria como objetivo, entre outros, a defesa e a coordenação dos interesses gerais da indústria, objetivo suficiente para que a entidade pudesse, validamente, suscitar o controle concreto de constitucionalidade da norma relativa à tributação a que estão sujeitas muitas das suas associadas.

No que tange à argumentação da impropriedade do uso da medida provisória para veiculação de alteração do modo de tributação das empresas controladas e coligadas no exterior, a ministra destacou que o objetivo da medida consistiria em combater a evasão fiscal quando da remessa de lucros pelas empresas estrangeiras para paraísos fiscais. Este propósito, para ela, seria justificativa plausível para se reconhecer que não houve, no caso, a excepcionalidade que possibilitaria o exame

jurisdicional dos pressupostos da medida provisória pelo judiciário.

Não vislumbrou, igualmente, qualquer inconstitucionalidade no §2º do artigo 43 do Código Tributário Nacional, afastando a alegação de que o dispositivo seria uma “carta em branco” ao legislador ordinário para definir fato gerador diferente daquele contido no *caput* do dispositivo. De fato, seria apenas permissão à lei ordinária para estabelecer o momento em que seria considerada a disponibilidade da renda, o qual deveria suceder à efetiva disponibilidade econômica ou jurídica.

Ao deliberar acerca da constitucionalidade do artigo 74 da MP n. 2158-35, reconheceu que a hipótese de disponibilidade de renda criada pelo preceito legal se traduziria em ficção legal, estando em desacordo com o entendimento firmado pela Suprema Corte quanto ao que seja disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Isso porque, por ocasião do julgamento do precedente paradigma citado pela CNI, RE 172.058-1/SC, o Plenário da Corte já havia sedimentado o entendimento de que a disponibilidade jurídica consistiria na percepção efetiva, pelo contribuinte, do rendimento em dinheiro, que seria a renda efetivamente realizada.

Para expor sua percepção acerca da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, julgou necessário estabelecer corte epistemológico entre as duas categorias de empresas estrangeiras ligadas a pessoas jurídicas brasileiras alcançadas pela nova regra de tributação: as controladas e coligadas. É que, para cada uma delas, a disponibilidade da renda se configuraria em momentos diversos. No caso das empresas controladoras situadas no Brasil, a disponibilidade jurídica dos lucros auferidos no exterior se configuraria, de fato, no momento da apuração de resultados no balanço realizado pela controlada. Isso porque o poder decisório sobre o destino destes lucros estaria concentrado na própria pessoa jurídica brasileira, o que configuraria a aquisição de disponibilidade econômica. Para tais empresas, não haveria descompasso entre o disposto no artigo 74 da Medida Provisória 2.158/01 e os artigos 43, §2º do CTN e 153, inciso III, da Constituição Federal. Diferentemente, em relação às empresas coligadas, a tributação seria diferenciada, em razão da ausência de controle. Segundo o artigo 243 da Lei das Sociedades Anônimas, as coligadas não possuem posição de controle da empresa situada no exterior, sendo, pois, indevido falar-se em disponibilidade, pela coligada brasileira, dos lucros auferidos pela estrangeira anteriormente à efetiva remessa dos lucros para o Brasil,

ou, pelo menos, em momento anterior à deliberação realizada pelos conselhos de administração. Logo, não seria adequado assemelhar os dois tipos de relações jurídicas empresariais para efeito do tratamento tributário dado pela medida provisória objeto do julgamento. Por isso, para as coligadas, o *caput* do artigo 74 da medida provisória teria criado novo fato gerador do imposto sobre a renda, sem observância do artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, que reservou à lei complementar a definição de fato gerador.

Quanto à apontada violação pelo parágrafo único do mesmo artigo aos princípios da anterioridade e irretroatividade da lei tributária, a ministra houve por bem afastá-la, pois a medida provisória teria alterado o momento de incidência de tributação quando definiu que seriam tributados em 31 de dezembro de 2002 os lucros auferidos em data pretérita. Logo, os mencionados lucros apurados em data pretérita já sofreriam a incidência do imposto de renda conforme a Lei das Sociedades Anônimas, não tendo havido instituição ou aumento de tributo, mas simples alteração do momento de sua incidência para efeitos de cobrança.

A conclusão do seu voto, pois, consistiu na declaração da inconstitucionalidade somente da expressão “ou coligada” contida no artigo 74 da MP n. 2158-35, de modo a restringir a aplicação da norma de tributação imediata às empresas estrangeiras controladas por pessoas jurídicas brasileiras, uma vez que somente para essas o critério do controle faria configurar a disponibilidade antes da efetiva distribuição de lucros.

Após a conclusão da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Nelson Jobim iniciou a prolação de seu voto, seguindo a relatoria quanto à interpretação dada às formalidades discutidas na argumentação sobre a legitimidade da CNI para propor a Ação Direta e o cumprimento do requisito da urgência para edição de medidas provisórias.

Ressaltou que, no caso, a Corte retornaria à discussão do conceito material de renda já travada por ocasião do julgamento do RE 201.465⁶⁰³, que tratava do

⁶⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 8.200/91 (ART. 3º, I, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 8.682/93). CONSTITUCIONALIDADE. A Lei 8.200/91, (1) em

núcleo da materialidade do imposto e permitia que o legislador complementasse o conceito de renda, não havendo o chamado conceito constitucional de renda.

O Ministro Nelson Jobim fez retomada do histórico da tributação da renda no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Anteriormente à nova disciplina de tributação estabelecida pela Medida Provisória n. 2158-35, vigorava no Brasil a Lei no. 9.532/97, a qual previa a tributação de empresas estrangeiras coligadas ou controladas por pessoas jurídicas brasileiras nas seguintes situações: no momento da entrada dos créditos na conta bancária da pessoa jurídica brasileira ou da entrega efetiva dos créditos a representante da pessoa jurídica sediada no Brasil; com a remessa dos valores em favor da beneficiária no Brasil ou em qualquer outra praça; ou, ainda, com o emprego dos valores em favor da beneficiária em qualquer praça, que ocorreria, inclusive com aumento de capital da controlada ou domiciliada no exterior.

Pela antiga disciplina da matéria, já não seria obrigatória para fins de tributação pelo Brasil a entrada do capital auferido pela controlada ou pela coligada estrangeira no país, mas o simples aumento de capital da pessoa jurídica, em qualquer de suas praças, já caracterizaria a disponibilidade econômica e essa disponibilidade, antes da edição do §2º do artigo 43 do CTN, seria suficiente à configuração do fato gerador.

Concordou, ainda, com a diferenciação feita pela a ministra relatora entre empresas estrangeiras controladas e coligadas, pois “na hipótese de uma empresa controladora comandar no momento do lançamento do balanço, ocorre a disponibilidade jurídica para a empresa brasileira controladora dessa receita”.

Apesar de a legislação anterior já permitir a cobrança do tributo nos moldes da nova disciplina, ou seja, antes da distribuição de lucros à pessoa jurídica

nenhum momento, modificou a disciplina da base de cálculo do imposto de renda referente ao balanço de 1990, (2) nem determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; (3) tão somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da metodologia de cálculo da correção monetária. O art. 3º, I (L. 8.200/91), prevendo hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituiu-se como favor fiscal ditado por opção política legislativa. Inocorrência, no caso, de empréstimo compulsório. Recurso conhecido e provido”. (RE 201465, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2002, DJ 17-10-2003 PP-00014 EMENT VOL-02128-02 PP-00311).

brasileira, esse modelo de tributação só passou a ser uma necessidade a partir de 1997, quando as empresas brasileiras começaram a encontrar na lei um caminho para evasão fiscal.

Enquanto proclamava seu voto, o Ministro Nelson Jobim foi questionado pelo Ministro Moreira Alves sobre a legitimidade de lei ordinária estabelecer o momento de configuração da disponibilidade jurídica, considerando-se que este momento constituiria elemento próprio do fato gerador, o qual, supostamente, deveria ser determinado por lei complementar. O Ministro Nelson Jobim reconheceu que o ponto lhe causou perplexidade, pedindo vista dos autos para examiná-lo com mais atenção.

Mais de ano depois do pedido de vista do Ministro Jobim, em 09 de dezembro de 2004, houve continuidade do julgamento. Na ocasião, o Ministro Nelson Jobim reafirmou todas as suas premissas já apresentadas.

Por entender necessária para a compreensão do caso a elucidação das modificações do sistema brasileiro de tributação, o ministro teceu considerações acerca da legislação das sociedades anônimas.

A Lei das SA, em 1976, introduziu no direito brasileiro o “Método de Equivalência Patrimonial” – MEP, consistente no método contábil de avaliação dos chamados “investimentos relevantes” de uma empresa investidora em suas controladas ou coligadas. O objetivo do MEP seria criar uma forma de registro, para a empresa investidora (tão fiel quanto aquela que existe para as empresas controladoras), dos investimentos feitos pelas empresas investidas.

No caso das companhias abertas e controladoras, a lei obriga à realização de um método similar, as “demonstrações consolidadas”, destinado, do mesmo modo, a avaliar os ativos, os passivos, as receitas e despesas sob controle da investidora, incluindo, nesses valores, as aplicações de recursos das empresas investidas.

O Ministro Jobim destacou a importância do MEP e das “demonstrações consolidadas” para a compreensão da real situação econômico-financeira de grupos empresariais, na medida em que, por esses métodos, em uma única demonstração contábil, é possível avaliar os valores positivos e negativos do grupo econômico como um todo. Não fosse por eles, as transferências patrimoniais internas dentro do

grupo econômico poderiam transmutar a realidade contábil das empresas investidas e investidoras, o que geraria uma série de prejuízos ao mercado.

O Ministro Jobim citou o raciocínio de Modesto Carvalhosa sobre o tema para fundamentar que tanto o MEP como as Demonstrações Consolidadas teriam nascido da necessidade de se registrar os reflexos das operações financeiras das empresas investidas nas empresas investidoras, e passaram a ser utilizados como métodos de balanço contábil individual pelas empresas investidoras. Logo, as empresas investidoras passaram a utilizar os resultados contábeis auferidos por esses métodos para registrar automaticamente como seu resultado o quinhão que lhes seria proporcional nas investidas.

Esse contexto de apuração e contabilização, para o Ministro Jobim, teria tornado o regime contábil empresarial um regime “de competência e não de caixa”, na medida em que o registro dos lucros auferidos no exterior por empresas investidas passaram a ser registrados imediatamente como lucros líquidos proporcionais das empresas investidoras.

Além disso, o regime da territorialidade da tributação para pessoas jurídicas, adotado pelo Brasil até a edição da Lei no. 9.249/95, fazia com que as pessoas jurídicas brasileiras concentrassem a arrecadação de seus lucros nas empresas controladas ou coligadas no exterior, situadas em países que não as tributassem ou cuja carga tributária fosse menor.

Com a Lei n. 9.249/95, a tributação brasileira teria sido formatada para reagir à evasão fiscal internacional de modo a estabelecer um regime de tributação de bases universais, ou seja, um regime que impedisse a transferência de rendimentos de um ordenamento jurídico para outro menos oneroso. O regime de tributação universal teria, conforme afirmou o Ministro Jobim, dado tratamento isonômico às empresas que auferissem lucros estritamente no Brasil e àquelas que os auferissem no Brasil e no exterior.

Apresentou algumas demonstrações de que o regime de tributação universal teria se aplicado em “praticamente todos os sistemas tributários maduros do mundo”, citando como exemplo a legislação dos Estados Unidos (o primeiro a adotá-lo a partir da reforma Kennedy de 1962); Portugal (a partir do Decreto-Lei 37, de 1995);

Espanha (pela Lei nº 43/1995); França (por meio do artigo 209-B do “*Code General des Impots*”) e Alemanha (pela Lei de tributação no exterior de 08/09/1972).

Outros países também haviam encontrado duas formas de equacionar o problema da elisão fiscal internacional pela tributação de rendas auferidas em paraísos fiscais e de rendas auferidas no exterior advindas de atividades não produtivas. Advertiu que a legislação brasileira havia adotado uma terceira fórmula que separava os lucros auferidos diretamente pela pessoa jurídica brasileira (§1º do artigo 25 da Lei nº. 9.249/1995) daqueles lucros de filiais, sucursais⁶⁰⁴, controladas e coligadas no exterior (§§2º e 3º da mesma Lei).

Apesar de a legislação brasileira ter trazido diversas disposições sobre o modo de operar da tributação de lucros auferidos no exterior, deixou de disciplinar o momento em que esses lucros seriam considerados disponíveis para fins de incidência de impostos, e, por conta disso, diversas foram as relações contratuais inventadas por empresas brasileiras e estrangeiras como “subterfúgio” à incidência do imposto.

Entre essas “manobras criativas” das empresas, o Ministro Jobim mencionou o contrato de mútuo, o “adiantamento de recursos por conta de venda futura” e, até mesmo, a criação de empresas intermediárias em paraísos fiscais⁶⁰⁵, as quais se prestavam à realização de tais repasses, de modo que os lucros auferidos não eram

⁶⁰⁴ Filiais são estabelecimentos que representam a matriz, sem o poder deliberativo, com poder de representação e mandato, possuindo a mesma firma. Já a sucursal é o estabelecimento com autonomia administrativa maior em relação à filial, tendo direção atrelada à matriz, mas com maior liberdade em relação à filial, já que ela pode ter suas próprias filiais.

⁶⁰⁵ O termo paraíso fiscal advém da tradução literal de *tax heaven*, utilizado em organismos internacionais (OCDE, por exemplo) e representa-se por quatro critérios “1. se a jurisdição não impõe impostos ou estes são nominais. A OCDE reconhece que cada jurisdição tem o direito de determinar se a impor impostos diretos. Se não houver impostos diretos, mas indiretos, utilizando os outros três fatores para determinar se uma jurisdição é um paraíso fiscal. 2. Se houver uma falta de transparência. 3. Se as leis ou práticas administrativas não permitem a troca de informações para efeitos fiscais com outros países em relação aos contribuintes que se beneficiam de baixos impostos. 4. Se for permitido a não-residentes beneficiam de reduções de impostos, enquanto na verdade não desenvolver uma atividade no país” (RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Paraísos fiscais: concepções**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/para%C3%ADsos-fiscais-concep%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 20 mar. 2017). No Brasil, deve ser lido como os países de tributação favorecida, que compreendem tanto aqueles cuja tributação seja inferior a 20% e que estabeleçam legislação com segredo bancário, não controlem câmbio ou mantenham flexibilidade quanto à constituição e administração de sociedades.

disponibilizados para fins de tributação no Brasil.

Apresentado todo o contexto, o ministro assinalou que a disciplina da MP n. 2.158-35, quando determina a tributação pelo IRPJ e pela CSLL na “data do balanço no qual tivessem sido apurados”, trata, na verdade, de uma forma nova de regulação das controladas e coligadas, de modo semelhante ao que já ocorre às filiais e às sucursais no exterior desde 1997 por meio do regime estabelecido pela MP nº 1.602/97.

A regra estabelecida na MP n. 2158-35 foi a solução jurídica objetiva e estável encontrada pelo Fisco para fazer com que os lucros apurados pelas controladas e coligadas fossem de fato contabilizados para fins de tributação pelo Brasil.

Ainda, a MP nº 2158-35 teria mantido a sistemática de compensação pelo Brasil do tributo já pago pela empresa estrangeira, garantindo a uniformização do valor do tributo pago no Brasil e no exterior. É que, segundo ele, independentemente das regras do país de localização da empresa coligada ou controlada no exterior, o grupo, considerado como um todo, não pagaria mais do que se a renda fosse auferida no Brasil. Assim, o tributo recolhido do grupo econômico será exatamente o mesmo que se recolheria se toda a renda fosse auferida em território nacional. Segundo o ministro, este regime compensaria automaticamente a tributação reduzida dos paraísos fiscais, isentaria de qualquer prejuízo as pessoas jurídicas brasileiras que não se localizassem em referidos paraísos fiscais e conferiria isonomia a grupos econômicos que auferissem lucros somente no território nacional e aos que os auferissem no Brasil e no exterior.

Ao final, discordou da solução exposta pela Ministra Ellen Gracie de que o critério do controle seria relevante para a definição do momento de ocorrência da disponibilidade dos rendimentos para a pessoa jurídica brasileira, pois seria neste momento que se encontraria a relevância do MEP. É que a incorporação de resultados pelas controladoras ou coligadas brasileiras independeria de eventual controle que esta empresa exercesse sobre a estrangeira, nos seguintes termos: “o controle não é relevante para o deslinde da questão; em realidade, a distribuição efetiva de lucros consiste apenas na entrada, no caixa da brasileira, do valor

auferido por essa⁶⁰⁶.

Por tais motivos, o Ministro Jobim concluiu que a medida provisória nada mais teria feito do que incorporar inovações feitas pela lei empresarial no que tange ao MEP. Tal incorporação, que ocorrera com aplicação restrita à base territorial já em 1997, aplica-se, a partir da questionada medida provisória, à tributação de lucros auferidos no exterior pelas controladas e coligadas.

Quanto aos conceitos de disponibilidade econômica e disponibilidade jurídica, teriam sentidos distintos no direito tributário para as pessoas físicas e jurídicas, e o fundamento de tal distinção estaria nos regimes aos quais cada uma delas estaria submetida. No chamado “regime de caixa”, ao qual estariam submetidas somente as pessoas físicas, o registro de receitas e despesas só seria exigido pela lei quando efetivamente recebido ou pago ao contribuinte. Por sua vez, o “regime de competência”, ao qual se submeteriam as empresas (nos termos do artigo 187 da Lei das SAs), dispensaria o efetivo recebimento ou pagamento para a apuração de resultados do exercício financeiro. Para o regime de competência, portanto, não se espera disponibilidade efetiva de recursos para a ocorrência do fato gerador do IRPJ.

A maioria das relações econômicas e jurídicas pactuadas por empresas e por companhias e seus sócios se daria apenas na forma de registros contábeis, razão pela qual a disponibilidade da renda não poderia limitar-se aos casos da entrada física da moeda no caixa da investidora.

Com essas observações, diferenciou a disponibilidade econômica da disponibilidade jurídica para caracterizar a primeira como a imprescindibilidade do repasse físico dos recursos ao patrimônio do contribuinte, enquanto que na disponibilidade jurídica o simples direito ao rendimento já caracterizaria disponibilidade e, portanto, autorizaria a tributação.

Em resposta ao questionamento feito pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que a lei ordinária não poderia dispor sobre o fato gerador – no que tange especificamente ao §2º do artigo 43 do CTN – defendeu que teria sido a lei

⁶⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588 [...].

complementar (CTN) a legislação responsável por definir o fato gerador como “disponibilidade jurídica e econômica”, e que o segundo parágrafo apenas teria deixado para a lei ordinária a definição do *modus operandi* da tributação da renda da pessoa jurídica. Nesse sentido, ressaltou a diferença entre o fato gerador da disponibilidade e o momento em que ela opera. Não fosse assim, “a legislação tributária ordinária anterior, que adotara a disponibilidade financeira e o regime de caixa, teria também incidido no vício alegado”⁶⁰⁷. Além disso, a legislação apontada como inconstitucional teria feito a conexão entre as necessidades contemporâneas do direito tributário internacional e o MEP.

Quanto à conceituação do termo renda, observou que a Constituição Federal em momento algum teria adjetivado o conceito, e que o CTN, por sua vez, apenas definiu que o fato gerador da tributação seria a aquisição da disponibilidade jurídica tendo por base de cálculo o montante real, arbitrado ou presumido da renda/proventos tributáveis.

A renda, ou seja, o lucro tributável da pessoa jurídica seria equivalente ao chamado lucro real, determinável por meio de adição e subtração de algumas despesas previstas em lei ao lucro líquido auferido em balanço contábil.

Nesse sentido, o lucro real tributável, que equivaleria à renda, seria um conceito determinado legal e não um conceito ontológico, como teria alegado a CNI. Não haveria, portanto, nada material ou essencialista ínsito ao conceito de renda. Para reforçar essa ideia, o ministro fez referência aos argumentos apresentados por Aliomar Baleeiro de que o conceito de renda poderia ser fixado livremente “pelo legislador, segundo considerações pragmáticas, em função da capacidade contributiva e da comodidade técnica da arrecadação”⁶⁰⁸.

Destacou, ainda, que Constituição Federal de 1988 fez por dezessete vezes uso do termo “renda”, dando a este termo seis sentidos diferentes⁶⁰⁹; e que o sentido

⁶⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588 [...].

⁶⁰⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.284.

⁶⁰⁹ O termo aparece nos artigos: a) 30, III e 48, I como “receita pública auferida arrecadada, de natureza tributária ou não; b) 43, §2º, IV e 192, VII como “renda regional”; c) 201, II como “poder aquisitivo de certa pessoa” ; d) 151, II; como “remuneração de títulos públicos” e) 153, III; 157, I; 158, I ; 159, §1º como “base tributável”; f) 150, VI, a, c, § 2º, § 3º , § 4º; 153, § 2º, II como “somatório de remuneração”.

interessante para o desvendamento do caso seria o de renda como base tributável, e que este sentido designa o acréscimo de valor patrimonial e não fluxo de renda.

Sobre a aplicação do precedente RE 172.058, citado na inicial como objurgado, o Ministro Jobim afastou a sua aplicação ao caso, uma vez que o conceito de disponibilidade explicitado no precedente seria o de “disponibilidade financeira”, aplicável às pessoas físicas que estariam sob o “regime de caixa”, não sob o “regime de competência”. Os dois casos tratariam, portanto, de situações distintas e não assimiláveis, na medida em que, na relação de pessoas físicas com a cobrança do IR, no “regime de caixa”, o que importa para a configuração da disponibilidade, é o efetivo auferimento dos rendimentos; já para as pessoas jurídicas, o lucro líquido não necessariamente indica disponibilidade de recursos para o contribuinte para ser tributável.

Além disso, com a edição da MP, o fato gerador do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas teria continuado exatamente o mesmo: o acréscimo patrimonial. Alterou-se apenas o momento da tributação dos lucros auferidos. Logo, a regra não teria criado tributo novo ou nova hipótese de fato gerador do IR, sendo desnecessária a exigência de lei complementar para este propósito ou, ainda, a observância dos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária.

Além disso, para o Ministro Jobim, a MP teria garantido a segurança jurídica às empresas brasileiras ao determinar que os lucros auferidos até o ano de 2001 somente seriam adicionados para fins de cálculo do IR no ano de 2002, o que se amoldaria ao princípio da não surpresa.

Além disso, em linha com o voto da Ministra Ellen Gracie, relatora da ADI, julgou integralmente improcedente a ação, contudo aplicou interpretação conforme a Constituição ao artigo 43, § 2º do CTN no sentido de que somente estariam incluídos no regime da medida provisória aquelas empresas sujeitas ao Método de Equivalência Patrimonial (MEP).

Na mesma assentada, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio.

No dia 15 de outubro do ano de 2005, o ministro houve por bem liberar a ADI para julgamento. Em 2005, a Federação das Indústrias do Estado do Mato Grosso – FIEMT apresentou requerimento de sua admissão feito na condição de *amicus*

curiae. Como argumento para reforçar a necessidade de sua aceitação no feito, a Federação ressaltou que, da análise dos votos já proferidos no processo, (tanto aquele prolatado pela Ministra Ellen Gracie, quanto o emitido pelo Ministro Nelson Jobim), poder-se-ia depreender que ambos teriam afastado o argumento de que a MP nº 2158-35 constituiria violação ao princípio da irretroatividade tributária por pretender abranger lucros auferidos anteriormente à sua vigência. No entanto, como a ofensa ao referido dispositivo constitucional estaria configurada e a violação alcançaria as suas associadas, insistiu na sua admissão.

Após, a FIEMT afirmou que, segundo doutrina e jurisprudência mais recente, o momento oportuno para admissão do *amici curiae*, nos termos do artigo 7º, § 2º, não se exauriria pelo término do prazo concedido à prestação de informações pelas autoridades citadas; e que, portanto, seria oportuna a sua admissão no feito na forma permitida por aquele artigo.

Sem deliberação sobre o pedido de *amicus curiae* formulado pela FIEMT, em sessão plenária realizada em 28 de setembro de 2006, foram apresentados os votos dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

O Ministro Marco Aurélio iniciou a proclamação de seu voto sobre a alegação de invalidade da regra tida por inconstitucional pelo fato de a disciplina da matéria ter sido tratada mediante medida provisória. Argumentou que a mescla das atividades dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveria consubstanciar sempre uma exceção.

Para ele, a violação ao artigo 62 da Constituição Federal estaria consubstanciada, tanto do ponto de vista cronológico, quanto do ponto de vista material. A redação conferida ao artigo 43 do Código Tributário Nacional pela LC 104, de 10 de janeiro de 2001, em julho do citado ano, editou a MP nº. 2.158-35, quando ainda havia ainda seis meses para a deliberação de projeto de lei que tutelaria a disciplina no exercício subsequente, em manifesta desatenção ao artigo 62 da Carta da República e alterou substancialmente as regras do imposto de renda quanto a coligadas e controladas no exterior.

Por essa razão, mencionou que a medida provisória teria descumprido o requisito de urgência e relevância quanto à matéria nela apresentada. O Ministro

Marco Aurélio atentou para o fato de que, até aquele momento (quatro anos depois de sua edição), a medida ainda não teria passado pelo crivo do Congresso Nacional e, mesmo assim, estava a repercutir nas relações jurídicas a ela submetidas.

A respeito do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a Constituição Federal foi clara ao estabelecer que a incidência destes tributos se daria somente pela integração de riqueza ao patrimônio do contribuinte e que, por isso mesmo, o CTN e a doutrina teriam consagrado o instituto da disponibilidade econômica ou jurídica da renda como núcleo das respectivas materialidades. Para o Ministro Marco Aurélio, a disponibilidade econômica e jurídica deveria ser lida em conformidade com a materialidade constitucional como fenômeno real, sendo inviável sua caracterização como ficção jurídica para alcançar circunstância em que sequer haja disponibilidade econômica ou jurídica, como ocorreria no caso do artigo 74 da MP n. 2.158-35. Além disso, há diversas modalidades, todas devidamente admitidas no direito societário, que postergam o efetivo auferimento do lucro, não sendo o direito tributário o veículo para se taxar essa situação, que em nada se assemelha a lucro.

Para ele, Marco Aurélio, a empresa estrangeira é possuidora de personalidade jurídica independente, seja no caso de controle ou de coligação com a pessoa jurídica brasileira, não se confundindo com a sua controladora ou coligada: se a própria lei societária não faz essa inserção na mesma personalidade, o direito tributário não pode servir a esse propósito e “levar à simbiose, a ponto de, em promiscuidade ímpar, confundir as personalidades no que são próprias”⁶¹⁰.

Desse modo, o texto do § 2º do artigo 43 do CTN deveria ser interpretado à luz do texto constitucional, respeitando o sentido de que a disponibilidade econômica ou jurídica, elemento inerente ao fato gerador do imposto de renda, dependeria da efetiva aquisição dos rendimentos pela contribuinte. No caso de não se entender desse modo, ter-se-ia “o surgimento da disciplina de um novo tributo, ou seja, do imposto sobre o patrimônio”.

Pela perspectiva levantada pelo Ministro Marco Aurélio, enquanto não distribuídos os lucros da empresa estrangeira com a qual a pessoa jurídica

⁶¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588 [...].

mantenha coligação ou controle, não haveria porque cogitar realizado o fato gerador do imposto sobre a renda, até porque haveria obstáculos, inclusive na legislação estrangeira, que poderiam impedir o acesso da pessoa jurídica brasileira aos lucros auferidos pela controlada ou coligada no exterior.

Por exemplo, seria perfeitamente plausível a hipótese de, em assembleia societária, a sociedade estrangeira optar por reinvestir os lucros apurados, deixando de distribuí-los aos acionistas, caso em que estas pessoas jurídicas ou naturais não estariam sujeitas à incidência do imposto. Se isso pode ocorrer, é certo que a publicação do balanço ainda não seria suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto.

Por isso, a medida provisória em análise distorceria o figurino constitucional do imposto sobre a renda, também conferindo interpretação errônea ao artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Sobre o precedente – RE 117.887-6 – invocado como pertinente à espécie para justificar a inconstitucionalidade da forma de tributação do lucro das controladas e coligadas no exterior, o Ministro Marco Aurélio entendeu por pertinente sua aplicação. É que o Tribunal já havia enfrentado a questão de conceituar “renda e proventos de qualquer natureza” quando chegou à conclusão de que a materialidade do imposto apenas se viabiliza com a existência de acréscimo patrimonial, ocorrido mediante o auferimento de algo a título oneroso.

Do mesmo modo, no RE 172.058-1, a Corte teria declarado a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, pois, para ter-se o fato gerador do imposto de renda, dever-se-ia contar com a existência de lucro passível de deliberação pelo contribuinte.

As controvérsias decididas no âmbito dos precedentes mencionados, segundo o Ministro Marco Aurélio, guardariam relação com o tratado no bojo da ADI em questão, com a única diferença de que não se cogitou, no precedente, a hipótese de empresa situada no exterior. No entanto, o sentido de *disponibilidade econômica e jurídica* teria ficado claro de modo a traduzir a necessidade de que os rendimentos estivessem à disposição do contribuinte para serem tributados.

Para ele, Ministro Marco Aurélio, a questão de se tratar de tributação de

peças físicas ou de peças jurídicas não seria critério discriminatório apto a permitir o tratamento distinto do núcleo da materialidade do imposto sobre a renda.

Por essa razão, a MP n. 2158-35 teria, a pretexto de fixar as condições e o momento de ocorrência da disponibilidade jurídica e econômica da renda, criado, efetivamente, novo fato gerador para a incidência do imposto de renda, o que violaria a exigência constitucional estampada no artigo 146 da Constituição, na medida em que se exigiria lei complementar para tanto.

O Ministro também reputou o parágrafo único do artigo 74 da MP n. 2154-35 como inconstitucional, visto que teria imprimido eficácia retroativa ao fato gerador, em frontal violação ao que disciplina o princípio da anterioridade da lei tributária. A MP foi editada em julho de 2001, considerando-se os lucros apurados pelas empresas sediadas no exterior por coligação ou por controle até o dia 31 de dezembro de 2001 e fixando-se aplicação retroativa indeterminadamente, pois não se fixou o momento da apuração dos aludidos lucros. Permitiu-se, pois, criar fato gerador ou mesmo novo tributo “de modo retroativo, incompatível com a ordem jurídica, que é a simples apresentação de lucro, em qualquer exercício passado pela empresa estrangeira”⁶¹¹.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio lembrou que o Brasil estaria em 65º lugar no ranking internacional de competitividade e que, se as empresas nacionais fossem obrigadas a recolher tributo sem o aporte da renda em seu balanço, certamente teriam que tirar os valores respectivos de algum lugar, perdendo ainda mais o seu grau competitivo.

Afirmou que o dispositivo iria prejudicar não os sonegadores – que sempre encontrariam uma forma de burlar a legislação, mas, sim, as empresas sérias que buscam projetar-se “com inegáveis riscos e sacrifícios” para além das fronteiras nacionais.

Reforçou ainda, que descabida e inconstitucional seria a obrigação do pagamento de imposto sem a disponibilidade da renda, porque ainda não repassada, via deliberação do órgão próprio da coligada ou controlada, à empresa

⁶¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588 [...].

situada no Brasil.

Sobreveio a manifestação de voto prolatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para discordar do Ministro Marco Aurélio, primeiramente, no que diz respeito à suposta inconstitucionalidade formal da medida provisória, pois o artigo 2º da EC 32 “congelou as medidas provisórias pendentes, independente da data de sua edição ou do número de suas reedições, até que as revogasse o próprio Poder Executivo ou sobre elas se definisse o Congresso Nacional”.

No entanto, no mérito, o seu voto coincidiu inteiramente com o proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Na sequência, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos, retornando o julgamento no dia 25 de outubro de 2007.

O Ministro Lewandowski, primeiramente, houve por bem reconhecer a legitimidade da CNI para figurar no polo ativo da ação. Na sequência, afastou a alegação da falta de urgência que justificasse a edição da MP 2158-35, por entender que somente em caso excepcional poderia haver censura jurisdicional ao ato do Poder Executivo; e que o artigo 74 da MP, ora contestado, teria sido concebido com o intuito de combater a elisão fiscal internacional, que seria objetivo de urgência.

Quanto ao mérito, deu destaque à similitude entre o caso em apreço e aquele tratado no julgamento da inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88 no RE 172.058. Saliou que a Corte não teria deixado margem a dúvidas ao entender que o momento de apuração do lucro na data do balanço não corresponderia à disponibilidade jurídica ou econômica da renda porque a destinação do lucro aos acionistas dependeria de deliberação ulterior dos sócios.

Para corroborar sua conclusão, transcreveu trecho do livro de Rubens Gomes de Souza⁶¹² que ao interpretar o artigo 43 do CTN aponta o elemento definidor da renda como a sua disponibilidade pelo titular. A disponibilidade econômica corresponderia ao rendimento (ou provento) realizado, isto é “dinheiro em caixa”, e a disponibilidade jurídica corresponderia ao título jurídico que permite ao beneficiário obter a respectiva realização em dinheiro.

⁶¹² SOUSA. Rubens Gomes. **Pareceres**. Imposto de Renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 69-71.

Segundo o Ministro Lewandowski, a MP n. 2158-35 estaria a tratar, do mesmo modo, de exação tributária ilegítima, pois disciplinara a cobrança de imposto de renda sobre lucros ainda não disponibilizados jurídica ou economicamente aos contribuintes.

Pelo mesmo raciocínio exposto pelo Ministro Marco Aurélio, sustentou que a personalidade jurídica das empresas estrangeiras, ainda que controladas ou coligadas a pessoas jurídicas brasileiras, não poderia se confundir com aquela ostentada pela coirmã sediada no Brasil.

Relembrou, outrossim, que o Brasil é signatário de diversos acordos internacionais contra a dupla tributação, os quais poderiam ser afetados pela norma estabelecida pelo artigo 74 da MP n. 2158-35.

Com base nas referências já realizadas pelos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou a tese de que a Medida Provisória n. 2158-35 teria criado, mediante lei ordinária, um novo fato gerador por meio de ficção jurídica que definiu como momento de disponibilização dos lucros, o de sua apuração, o que violaria a exigência de lei complementar para o referido propósito.

Acrescentou, também, que o parágrafo único do artigo 74 da MP também teria violado os princípios da não retroatividade da lei tributária e da anterioridade. Além disso, a abrangência do dispositivo era tal que acabou resultando em ofensa ao princípio da proporcionalidade, na medida em que aplicaria tratamento deveras gravoso economicamente aos contribuintes alcançados pela nova regra.

O Ministro Eros Grau seguiu integralmente a divergência aberta pelo Ministro Nelson Jobim.

Após pedir vista dos autos, o Ministro Ayres Britto, em sessão realizada em 17 de agosto de 2011, proferiu seu voto-vista. Primeiramente, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da CNI. No tocante à segunda preliminar, entendeu ser possível o controle jurisdicional sobre os requisitos do artigo 62 da Constituição Federal quanto à edição de medidas provisórias, citando alguns precedentes em que o STF o teria feito, mas que, na espécie, não estaria configurada a violação.

No mérito, enfatizou que a lei ordinária não seria inteiramente livre para dispor sobre as condições e o momento em que ocorreria a disponibilidade de renda obtida no exterior, mas que esse papel, neste caso, ter-lhe-ia sido conferido por meio do §2º do artigo 43 do CTN.

Para ele, o questionado § 2º do artigo 43 do CTN não seria inconstitucional, mas, por outro lado, a lei nele mencionada não poderia dispor de modo apartado da autorização feita pelo *caput* do mesmo artigo, ou seja, não poderia dissociar-se do núcleo da materialidade de aquisição da disponibilidade. Destacou que o cenário de economia globalizada contemporâneo teria possibilitado a cada Estado estabelecer sistemas de tributação para inibir a tendência das empresas em retardar o recolhimento de tributos.

Assim como referenciado pelo Ministro Nelson Jobim, citou o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), previsto no artigo 248 da Lei das SAs, para reconhecer que os lucros obtidos pelas empresas controladas ou coligadas no exterior repercutem positivamente, e de forma imediata, nas investidoras brasileiras, na medida em que essas investidoras se tornam titulares destes lucros sem embargo a utilizá-los em reinvestimentos, reserva de capital, aplicação em ativos ou demais atividades.

A partir do MEP, esses lucros poderiam, sim, ser tributados. A compreensão em modo contrário, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, seria

“conferir aos próprios contribuintes o poder de definir o momento de ocorrência do fato gerador por singela deliberação em assembleia geral, em golpe mortal a qualquer política séria de planejamento e gestão de recursos tributários”⁶¹³.

O Ministro Ayres Britto destacou que a utilização de recursos da controlada ou coligada a partir da apuração de lucros já estaria a depender de deliberação da pessoa jurídica brasileira, razão pela qual a simples apuração já poderia indicar a ocorrência do fato gerador. Incluiu as empresas coligadas neste mesmo contexto, por entender que a própria lei assim considera as empresas que tenham influência significativa nas decisões políticas, financeiras e operacionais da investida. Logo, essa influência acentuada na tomada de decisões seria suficiente para que os

⁶¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588 [...].

efeitos da tributação fossem deturpados.

Ressaltou que a não equiparação entre controladas e coligadas poderia fazer com que as empresas controladas ficassem irresistivelmente tentadas a uma reformatação jurídica do grupo empresarial em direção ao sistema de coligação para fugir de obrigações tributárias.

Além disso, do ponto de vista principiológico, transcreveu o § 1º do artigo 145 da Constituição Federal para lembrar que os tributos e impostos devem ser graduados segundo a capacidade contributiva do contribuinte. Defendeu que onde houver capacidade contributiva, é lícita a imposição de tributos cabendo à Administração Fiscal concretizá-la eficazmente, o que é o objetivo maior da justiça tributária.

Nessa linha, a tributação poderia atuar como fator de inibição das empresas no processo econômico-financeiro de globalização. Citou como exemplo dezenove países que teriam aplicado a tributação extraterritorial em sua legislação.

Averbou que o *caput* do artigo 74 da MP nº 2158-35 teria feito a transformação de um sistema de tributação de bases universais em “regime de caixa”, para um sistema de tributação de bases universais em “regime de competência” no qual o dinheiro não se transfere de uma pessoa para outra por meio físico ou ingresso, como resultado positivo de investimentos.

Pela alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 74 da MP, o Ministro Ayres Britto concluiu que o dispositivo não padeceria de vício, pois não teria instituído ou majorado tributo algum, mas apenas disciplinado o momento em que ocorrido o fato gerador.

A majoração de tributos deve ocorrer não pela nomenclatura, mas pelos efeitos provocados. Se as garantias constitucionais procuram encontrar violações na forma oculta de linguagem, elas devem ser lidas como finalísticas, não meramente formais. Além disso, segundo o Ministro Ayres, a lei teria observado o mandamento constitucional que impede a sua retroeficácia, já que não apanhou fato gerador pretérito, sequer teria cobrado tributo no mesmo exercício financeiro em que editada.

O Ministro Cezar Peluso foi o seguinte a votar e iniciou a proclamação de seu

voto apoiado na doutrina de Paulo de Barros Carvalho⁶¹⁴ no que tange ao artigo 43 do CTN, especificamente quanto aos critérios identificadores do fato jurídico, a saber, o critério material, o critério espacial e o critério temporal. Com apoio nesse tripé, explicou que a legislação poderia adotar por aspecto temporal apenas um momento posterior ou concomitante àquele que caracteriza o auferimento, pelo sujeito passivo, da renda ou dos proventos de qualquer natureza. A competência para estipulação do sentido e do alcance da norma tributária decorreria diretamente do texto constitucional.

Fixadas essas premissas, passou, então, a averiguar se o artigo 74 da MP n. 2158-35 teria respeitado os limites constitucionais ao fixar o aspecto temporal da regra matriz do IRPJ e da CSLL. Em outros termos, para ele, a tarefa a ser realizada pela Corte consistiria em saber se há, de fato, disponibilidade jurídica e econômica da renda no momento de encerramento do balanço contábil no exterior.

Entendeu oportuno lembrar que a personalidade jurídica da empresa estrangeira não poderia confundir-se com a da controladora ou coligada no Brasil e que a incidência dos tributos no momento do fechamento do balanço de lucros produzidos pela controlada ou coligada partiria da premissa de que houvesse uma unidade econômica entre essas empresas, desprezando a individualidade de suas personalidades jurídicas.

Desse modo, afirmou que adotar o voto do Ministro Nelson Jobim para julgar improcedente a ação seria permitir a desconsideração da personalidade jurídica para atacar rendimentos de outra empresa sem que fosse configurada a hipótese de fraude ou abuso de personalidade jurídica, conforme exige o artigo 50 do Código Civil.

Reforçou que a situação das empresas estrangeiras filiais, sucursais ou subsidiárias integrais não poderia ser equiparada àquela de pessoas jurídicas controladas ou coligadas, uma vez que, para as primeiras, os lucros auferidos no estrangeiro teriam repercussão direta no patrimônio da pessoa jurídica brasileira.

⁶¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 241.

De outro modo, no caso de participação nos lucros por meio societário, a empresa brasileira seria sócia da empresa estrangeira, podendo o capital nela investido produzir, ou não, acréscimo patrimonial tributável. Apresentou, para ilustrar, o texto do artigo 183 da Lei n. 6.404/76, que dispõe sobre os elementos levados em conta na avaliação de ativos e passivos pela empresa investidora quando da realização do MEP. Demonstrou que o inciso III deste artigo, que trata dos investimentos em participações societárias, faz ressalva àqueles feitos em controladas e coligadas estrangeiras, que só se incluem no MEP se considerados como “investimentos relevantes”, caso em que a lei estabelece critérios claros à consideração do que seja relevância, conforme disposto no artigo 247⁶¹⁵ da mesma lei.

Concluiu que, por força da disposição legal mencionada, a participação societária da empresa controlada ou coligada só seria registrada para fins de equivalência patrimonial caso tivesse um percentual mínimo de seu patrimônio líquido investido na controlada ou na coligada. Neste caso, poderia ser reconhecido o regime de competência para o qual a efetiva disponibilidade não seria importante à mudança qualitativa do ativo, uma vez que haveria registro de lucro imediato pela equivalência patrimonial.

Por outro lado, caso os investimentos das controladas e coligadas fossem tratados pelo regime de custo, a repercussão econômica na pessoa jurídica brasileira somente se daria por ocasião do efetivo recebimento dos lucros ou dividendos. O fato de haver ingresso de capital no caixa da empresa não desnaturaria o rendimento, havendo, portanto, disponibilidade jurídica passível de tributação pelo imposto de renda, uma vez que disponibilidade, na sua visão, seria qualquer tipo de emprego, aproveitamento, serviço ou utilização do rendimento.

Assim, o Ministro Cezar Peluso diferenciou a suposta “disponibilidade virtual”,

⁶¹⁵ Lei 6.404, artigo 247: “Art. 247. As notas explicativas dos investimentos a que se refere o art. 248 desta Lei devem conter informações precisas sobre as sociedades coligadas e controladas e suas relações com a companhia, indicando: [...] Parágrafo único. Considera-se relevante o investimento: a) em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da companhia; b) no conjunto das sociedades coligadas e controladas, se o valor contábil é igual ou superior a 15% (quinze por cento) do valor do patrimônio líquido da companhia. Avaliação do Investimento em Coligadas e Controladas”.

ou “expectativa de renda”, que ocorreria no momento do balanço contábil para as empresas sujeitas à avaliação pelo método de custo da disponibilidade adquirida pelas empresas investidoras, contabilizada pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP). Segundo afirmou, a MP 2.158-35 teria somente deslocado o momento de incidência do imposto dentro dos limites do reflexo produzido pelo lucro.

Quanto ao precedente (RE 172.058) invocado pela CNI, o Ministro Cezar Peluso assumiu que não se aplicaria à espécie, pois a relação peculiar que se estabelece entre as empresas controladas e coligadas diferenciaria a ADI em comento do caso mencionado. Ressaltou que, diferentemente da solução alcançada no precedente – na qual a disponibilidade econômica e jurídica foi atrelada ao poder de mando do acionista sobre os lucros – a incidência dos tributos sobre os lucros antes do acréscimo patrimonial consistiria em descon sideração da personalidade jurídica da empresa estrangeira sem a prova de abuso ou fraude, o que não seria correto.

Advertiu, também, para o fato de que, como o lucro auferido no exterior interfere no resultado da controladora e da coligada no Brasil, aumenta-lhe o patrimônio, pelo que atendida, também, a capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF/88) porque há aumento do lucro passível de distribuição aos sócios e acionistas no Brasil.

A respeito da compatibilidade do parágrafo único do artigo 74 da MP com a Constituição, a regra anterior à edição da medida provisória era a de consideração da disponibilidade no momento do efetivo pagamento, e que as controladoras ou coligadas no Brasil deveriam estar submetidas ao regime de caixa.

Além do mais, em relação aos lucros apurados antes da legislação vigente, a regra veiculada e ora questionada no STF implicaria em verdadeira instituição de tributo; em razão disso, o reajuste produzido no resultado da empresa brasileira que, nas oportunidades de apuração via equivalência patrimonial não foram tributados, não podendo sê-lo retroativamente. Desse modo, essas empresas não poderiam ter o direito constitucionalmente amparado à regra da anterioridade tributária.

Por fim, asseverou a necessidade de dar interpretação conforme a MP 2.158-35 somente em relação aos investimentos considerados relevantes, nos termos do

que dispõe a Lei n. 6.404/76, para coligadas ou controladas no exterior.

Sobreveio pedido de vista dos autos feito pelo Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Joaquim iniciou seu voto com a provocação acerca da possibilidade de o alegado temor de abuso das empresas com vistas à evasão ou à elisão fiscal autorizar o Estado a atalhar o devido processo legal. A segunda provocação seria a de saber se a interpretação do texto constitucional poderia evoluir para acompanhar as mudanças sociais e, com isso, garantir certas expectativas fiscais por meio da alteração de conceitos já consolidados no campo.

Para ele, merecia destaque o fato de que a modernidade estabilizara a regra das transações imateriais em todo o globo e que essa situação impunha desafios para as autoridades fiscais. Não obstante esses notáveis desafios, a obsolescência da legislação tributária não poderia ser invocada para proteger e impedir a evasão fiscal por intermédio da ficção do fato gerador de tributo.

Em síntese, a autoridade fiscal não poderia simplesmente presumir que o contribuinte estivesse intencionalmente se esquivando do pagamento do tributo para invadir a sua esfera de poder e legislar de forma arbitrária.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, não há qualquer utilidade da referência ao Método de Equivalência Patrimonial (MEP) para dar solução ao caso, pois este teria por objetivo auferir o lucro ou o prejuízo da empresa investida. Tratar-se-ia, portanto, de um método de avaliação de investimentos, o qual não refletiria alterações definitivas nos ingressos patrimoniais do contribuinte investidor. Tanto assim o seria que a legislação tributária proibiria que os prejuízos servissem como forma de desconto na cobrança dos impostos.

Além disso, o Ministro Joaquim Barbosa apontou que o MEP, segundo a literatura técnica nacional, teria aplicação neutra para fins de cálculo do imposto de renda, servindo apenas para a mensuração de uma expectativa de aumento patrimonial cuja confirmação dependesse da ocorrência de eventos outros, como, a exemplo, que haja semelhança entre as normas brasileiras e a norma do país em que sediada a coligada ou controlada no exterior.

Constatou, outrossim, que não há qualquer relação obrigatória e necessária

entre o dia 31 de dezembro de cada ano e a respectiva disponibilização de recursos provenientes de obtenção e proveito dos lucros e dos resultados de investimentos da empresa brasileira no exterior, seja por meio de coligação ou de controle. O término do ano civil não poderia ser considerado o momento no qual houvesse a distribuição de lucros aos sócios ou acionistas.

Por outro lado, o Ministro Joaquim Barbosa alertou a Corte para o fato de que alguns países já estariam editando normas que afastariam a aplicação da tributação pela regra da universalidade para as empresas neles sediadas, levando em conta aspectos como os estabelecidos pelo Reino Unido: i) a capacidade de a empresa atuar de forma independente dos investimentos externos; ii) a existência de propósito comercial nas operações realizadas pela empresa inglesa que afaste a conclusão de que o propósito da relação societária é obter benefício tributário.

No caso do Reino Unido, essas normas só seriam afastadas quando a administração de ativos da empresa estrangeira fosse conduzida de forma “significante” dentro do país.

Por outro lado, afirmou ser plenamente possível conciliar a garantia de efetividade dos instrumentos de fiscalização com os princípios do devido processo legal, da proteção da propriedade privada e do exercício de atividades econômicas lícitas. Por essa razão, destacou que a presunção do intuito evasivo somente seria cabível se a entidade estrangeira estivesse localizada em países com tributação favorecida, ou seja, em paraíso fiscal.

Desse modo, o ministro lançou a quarta linha argumentativa para a solução do caso, pelo que conheceu da ação direta de inconstitucionalidade e julgou-a parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição e ao artigo 74 da MP n. 2.158-35 de forma a limitar a sua aplicação à tributação de pessoas jurídicas sediadas no Brasil cujas coligadas ou controladas no exterior estivessem sediadas em países de tributação favorecida, os chamados “paraísos fiscais”.

Assim, foram quatro as linhas apresentadas como aptas a solucionar o caso:

“1.1 Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano consiste data dissociada de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros;

1.2 Constitucionalidade incondicional seja em razão do caráter antilesivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao método de equivalência patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248);

1.3 Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada;

1.4 Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.

Prosseguindo o julgamento, após a proclamação de todos os votos, avaliadas as divergências entre eles, em sessão plenária ocorrida em 10 de abril de 2013, o STF julgou parcialmente procedente a ação para, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conferir interpretação conforme ao artigo 74 da MP 2158-35/2001:

- i) Não se aplica às empresas coligadas localizadas em países sem tributação favorecida;
- ii) Se aplica às empresas controladas localizadas em países de tributação favorecida.

No dia 10 de abril de 2013, o Ministro Teori Zavaski levantou questionamento a respeito da composição dos votos que teria sido levada a efeito por ocasião do julgamento do caso em sessão da semana prévia. Segundo ponderou em sessão, a Corte teria alcançado resultados para duas situações hipotéticas tratadas, que seriam: a inconstitucionalidade do dispositivo questionado para as empresas coligadas situadas fora de paraísos fiscais; e a constitucionalidade do mesmo para empresas controladas situadas em paraísos fiscais. No entanto, teria havido omissão do pleno sobre as hipóteses de empresas coligadas em paraísos fiscais ou controladas situadas fora dos paraísos fiscais.

Ao término do debate, contadas as posições de cada um dos ministros quanto aos casos hipotéticos, chegou-se à seguinte decisão composta pelos pontos comuns às opiniões majoritárias:

“2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas

nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;

2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei);

2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. único, da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. único, da MP 2.158/2001.”

O julgamento da ADI foi complementado pelo do Recurso Extraordinário com repercussão sobre o mesmo tema, conforme a seguir apontado.

5.1.4 Os argumentos apresentados no Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal)

Na oportunidade do julgamento da mencionada ADI 2.588, outro recurso extraordinário foi julgado com efeito de repercussão geral.

A Cooperativa Agropecuária Mourãoense – COAMO impetrou mandado de segurança preventivo contra o artigo 74 da Medida Provisória nº. 2158-35 de 2001, que exigia o pagamento de tributos incidentes sobre lucros auferidos no exterior pela empresa estrangeira “Coamo Internacional A.V.V”, com a qual possuía relação jurídica de controle societário, sediada em Aruba.

Assim, apesar de a Lei complementar 104/2001, por meio da introdução do §2º do artigo 43 do CTN, permitir que lei ordinária posterior estabelecesse as condições e o momento em que seria considerada ocorrida a disponibilidade da renda auferida por empresas controladas e coligadas no exterior, essa permissão deveria respeito ao próprio caput do artigo, para o qual o sentido de “disponibilidade” estaria vinculado ao ato de auferir o capital pelo contribuinte.

Nessa linha, sustentou que o §2º não poderia constituir em alvará para o legislador manipular o próprio fato gerador do tributo. Citou trechos da doutrina de Ives Gandra Martins e Ricardo Mariz de Oliveira no sentido de que seria impensável que o parágrafo constituísse exceção à norma contida no “caput” mesmo artigo.

Assim como a CNI por ocasião da ADI 2588, afirmou que o sistema tributário brasileiro não autorizaria considerar como fato gerador da obrigação tributária uma mera ficção legal como a simples realização do balanço contábil ao final do exercício financeiro de cada ano, como disponibilidade. Ressaltou que, embora auferidos pelo balanço patrimonial no mesmo ano, os lucros obtidos pela empresa controlada estrangeira não lhe teriam sido, na prática, disponibilizados, o que faz com que a exigência de pagamento de tributos sobre estes lucros incidentes, constitua, no caso concreto, desrespeito à capacidade contributiva. Para tais lucros o conceito de disponibilidade exigiria o efetivo poder do contribuinte de dispor dessa renda.

A COAMO requereu fosse notificada a Delegacia da Receita Federal para a prestação de devidas informações, bem como fosse ordenado que a autoridade impetrada se abstinhasse de tomar quaisquer providências no sentido de exigir-lhe o pagamento dos tributos incidentes sobre os lucros auferidos no exterior.

A autoridade coatora alegou que a legislação pátria teria nos anos anteriores implementado diversas medidas tributárias com vistas a combater a utilização fraudulenta das estruturas jurisdicionais, e que, com relação à tributação sobre lucros auferidos no exterior, a jurisprudência seria unânime no sentido de que a filial era um mero prolongamento da personalidade jurídica da matriz empresarial, e de que os lucros e perdas da empresa brasileira deveriam ser interpretados como empregados na filial no exterior. Por essa razão, entendeu que, conforme mandamento contido no artigo 74 da MP nº 2158-35 em análise, a tributação das empresas estrangeiras poderia ocorrer a partir do auferimento do lucro no balanço contábil de cada ano.

O Ministério Público Federal reiterou os argumentos trazidos pela Delegacia da Receita Federal de Maringá, opinando, do mesmo modo, pela denegação da ordem.

Sobreveio sentença mediante a qual, em 28 de julho de 2003, a juíza federal Leda de Oliveira Pinho concluiu pela denegação da ordem por entender descaracterizadas as alegadas inconstitucionalidades e ilegalidades apontadas pela impetrante. Ressaltou que a decisão de reter o lucro no exterior teria sido da própria impetrante, tendo-se em vista o fato de que esta possuía 99% das ações que constituíam o capital social da controlada estrangeira.

Citou o voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI 2588 (acima) no sentido de que a regra contida no artigo 74 da MP n. 2158-35 apenas não se aplicaria aos casos de empresas coligadas sediadas no exterior, pois as coligadas brasileiras não teriam posição de controle sobre as decisões da empresa estrangeira associada.

Sob essa lógica, pelo fato de obter controle societário sobre a controlada estrangeira, a pessoa jurídica brasileira impetrante já teria disponibilidade sobre os lucros auferidos no exterior no momento de sua apuração. Assim, não haveria razão para afastar a incidência da norma contida no artigo 74 da MP n. 2158-35/2001.

Contra a sentença, a empresa interpôs recurso de apelação no dia 03 de novembro de 2003. Por meio do apelo, questionou a afirmativa de que a decisão de não receber os lucros apurados estaria sob seu âmbito de controle. Prosseguiu com a apresentação de argumentos no sentido de que a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2158-35 estaria desvinculada do fato de haver ou não poder de controle da pessoa jurídica brasileira sobre a empresa sediada no estrangeiro. Para reforçar o argumento, mencionou que a cláusula 27 do estatuto social da empresa controlada continha dispositivo que proibia a distribuição de lucros entre os sócios se “na opinião da diretoria Administrativa, o interesse da sociedade se opuser a isso”. Logo, a despeito do interesse da Assembleia Geral de Acionistas, o lucro só seria distribuído com a ocorrência do permissivo contido no contrato regido pela legislação local estrangeira.

Assim, o fato gerador do IR somente teria consistência válida com a efetiva transferência da renda ao patrimônio da contribuinte brasileira. Apenas com essa transferência, portanto, haveria o nascimento da obrigação tributária. Além disso, tais lucros apurados e não transferidos diziam respeito a atividades empresariais ocorridas desde o ano 1994. Logo, se a regra instituída pela Medida Provisória – editada em 2001– incidisse sobre tais rendimentos, estaria ainda a violar o princípio da irretroatividade da lei tributária.

No dia 19 de abril do ano de 2004, a União, representada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, apresentou contrarrazões, em que defendeu que, quando configuradas relações de controle estabelecidas entre as pessoas jurídicas brasileiras e empresas controladas estrangeiras – como no caso em apreço –, seria

aplicável a regra da cobrança tributária a partir do auferimento dos lucros apurados no exterior. Ao julgar a apelação, a relatora do caso, Desembargadora Eloy Bernst Justo, destacou que a tributação dos lucros a partir da respectiva apuração no exterior não seria “tributação fictícia”, como teria sido alegado pela impetrante, uma vez que a apuração de lucro no balanço da controlada implicaria, necessariamente, em acréscimo patrimonial imediato da controladora.

Nesse sentido, a MP n. 2158-35 não teria maculado a regra matriz da hipótese de incidência do imposto de renda contida no artigo 43 do CTN quanto às empresas controladas, pois o acréscimo patrimonial necessário à incidência do imposto já estaria configurado para a empresa controladora no momento da apuração de lucros no exterior, considerando o Método de Equivalência Patrimonial.

Por fim, mencionou que a questão objeto do mandado de segurança estaria sendo apreciada simultaneamente pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 2588, e que, até aquele momento, o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie seria favorável à inconstitucionalidade do termo “ou coligada” somente. Por essa razão, negou provimento ao apelo, já que, no caso em análise, a relação jurídica entre as empresas era de controle, e não de coligação.

Dessa forma, a 2ª Turma Cível do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no dia 30 de junho de 2009, indeferiu o pedido feito em mandado de segurança porque, de acordo com os artigos 247 e 248 da Lei de Sociedades Anônimas – que instituíram o Método de Equivalência Patrimonial (MEP) –, a apuração dos lucros na sociedade controlada teria reflexos imediatos no patrimônio da controladora, uma vez que o lucro a ser repassado corresponderia à simples aplicação da porcentagem de participação da controladora sobre os rendimentos obtidos pela controlada.

Em face do acórdão, a impetrante opôs embargos de declaração no dia 20 de julho de 2009, em que prequestionou o disposto nos artigos 153, inciso III, 150, inciso III, alínea “a” e 145, §1º, da Constituição Federal. É que o conceito de “disponibilidade” da renda teria sido deturpado, na medida em que se teria validado a tributação pelo IR sem o efetivo e prévio acréscimo patrimonial exigido pelo CTN e pela Carta Magna.

A contribuinte mencionou que não seria plausível, na decisão coletiva, pautar-

se somente nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie nos autos da ADI 2588. Isso porque, na mesma Ação Direta, os ministros Marco Aurélio Mello, Lewandowski e Sepúlveda Pertence já teriam se manifestado pela procedência da inconstitucionalidade do artigo 74 da referida MP. Assim, a matéria só estaria pacificada a partir do julgamento final pelo STF.

Ao julgar os embargos, o Desembargador Federal Artur César de Souza, relator do caso, entendeu que a embargante apenas pretendia rediscutir o mérito da apelação em mandado de segurança, pelo que os rejeitou, mantendo, apenas, o reconhecimento explícito do pré-questionamento dos dispositivos violados.

No dia 08 de outubro de 2009, a empresa interpôs Recurso Extraordinário. Em suas razões recursais, demonstrou que o assunto ultrapassaria a esfera de seus interesses individuais e que, a par da relevância jurídica em si, estaria em jogo inquestionável repercussão econômica, pois o Imposto de Renda e a Contribuição Social Sobre Lucro Líquido seriam indevidamente cobrados de todas as pessoas jurídicas brasileiras que possuíssem relação de controle ou de coligação com as empresas estrangeiras. Reiterou os argumentos de que o fato gerador do imposto de renda seria a efetiva aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos e que, sem a sua ocorrência, não poderia ser o contribuinte cobrado a pagá-lo. Alegou que no precedente formado no RE 172.058-1/SC, no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n. 7.713/88, o STF já teria afirmado a impossibilidade de se tributar, na pessoa física do acionista, o lucro apurado pela pessoa jurídica da qual fizesse parte, antes da efetiva distribuição dos rendimentos, que configuraria a disponibilidade da renda. A mesma lógica seria aplicável, sem quaisquer restrições, ao caso sob análise, pois, apesar de a pessoa jurídica sediada no exterior possuir lucros acumulados, esses lucros não teriam sido disponibilizados ao contribuinte na publicação do balanço.

Novamente, explicou que o estatuto social da empresa estrangeira por si controlada permitia a retenção desses lucros sem o devido repasse caso a diretoria administrativa da empresa entendesse ser o interesse da sociedade. Ademais, lembrou que o § 2º do artigo 43 do CTN, por ter sido interpretado de forma desvinculada da regra geral estabelecida pelo *caput* do mesmo artigo, teria autorizado que o legislador manipulasse o elemento material do fato gerador do

imposto de renda, criando a “disponibilidade ficta”, mas que caberia somente à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies mas, também, sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Citou o voto-vista do Ministro Marco Aurélio na ADI 2588, o qual, acompanhado posteriormente pelos votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence, julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta para atribuir “ao artigo 43 § 2º do CTN interpretação conforme a Constituição excluindo alcance que resulte no desprezo da efetiva disponibilidade econômica e jurídica da renda e para declarar a inconstitucionalidade do artigo 74”.

Em contrarrazões ao Recurso Extraordinário, apresentadas no dia 28 de janeiro do ano de 2010, a Fazenda Nacional afirmou não merecer ser acolhida a irresignação da recorrente. Primeiramente, porque o tributo poderia incidir sobre acréscimo patrimonial ou sobre “ingresso de riqueza nova” oriunda do exterior. Assim, com base no Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o cômputo do lucro da sociedade controlada se refletiria diretamente sobre o patrimônio da controladora, o que permitiria a sua tributação imediata, conforme determinado pelo artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35/2001. Além disso, mencionou novamente que no julgamento em curso da ADI 2588, a Ministra Ellen Gracie teria concluído pela inconstitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35.

5.1.5 O processamento do Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal) no STF

O Recurso foi remetido ao STF. O Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, ressaltou que a controvérsia estaria a tratar de dois valores constitucionais relevantíssimos, que seriam: a tributação em bases universais e o respeito ao fato jurídico tributário pela garantia de meios efetivos de apuração e cobrança dos tributos pela Administração.

Assim, a questão em análise mereceria reconhecimento de repercussão geral, na medida em que tangenciaria assuntos com efeitos que transcendem a esfera individual de interesses das partes, podendo afetar a competitividade de empresas nacionais no cenário internacional à luz do princípio do fomento às atividades econômicas.

O Plenário Virtual da corte reconheceu a existência de Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário.

Em 23 de Abril de 2012, a Confederação Nacional da Indústria requereu seu ingresso no feito como *amicus curiae*, sendo admitida a sua entrada pelo relator no dia 14 de maio do mesmo ano. Em seu pedido de ingresso, reforçou o argumento da impetrante de que o poder de controle da pessoa jurídica brasileira sobre a empresa estrangeira “não traduz disponibilidade automática”, uma vez que a transferência patrimonial dependeria de ato de vontade da administração de cada uma delas. Estes argumentos já haviam sido apresentados na ADI.

A empresa Vale SA em 22 de fevereiro do ano seguinte também demonstrou interesse em figurar como assistente judicial da Recorrente no feito, com fundamento nos artigos 50 do CPC e 132, § 4º do Regimento Interno do STF, com base no fato de que a solução alcançada pela Corte também iria alcançá-la.

O seu interesse jurídico foi demonstrado tendo em vista que ela teria ajuizado ação e interposto recurso extraordinário fundado em idêntica controvérsia e que, a depender da tese adotada pela Corte, a competitividade das empresas nacionais no cenário internacional poderia estar comprometida, e a Vale S.A. seria a empresa com a maior representatividade entre as empresas internacionalizadas.

A Fazenda Nacional, em manifestação contrária à admissão da Vale S.A como assistente judicial da recorrente no feito, alegou primeiramente que o pedido estaria extemporâneo, pois, tal como consagrado pelo RE 592.362, terceiros estariam impossibilitados de intervir no processo após a sua inclusão na pauta de julgamento, o que teria ocorrido no caso do RE 611.586. Defendeu que havendo multiplicidade de recursos com fundamentos idênticos, a análise de Repercussão Geral seria processada pelo tribunal nos termos do artigo 543-B do CPC, e a conclusão do julgamento do *leading case* seria aplicada a todos os demais feitos em que se verificasse identidade de tema.

Assim, a mera repercussão jurídica de um processo no outro excluiria o interesse jurídico da Vale S.A para intervir como assistente judicial no processo, pois, permitindo-se intervenções como essa no caso, a Corte poderia inviabilizar o julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral.

No entanto, requereu que, em sendo ultrapassados seus argumentos e deferido o pedido de assistência da Vale S.A, eventualmente, fosse concedido apenas o prazo conjunto de 30 minutos para sustentação oral, divididos entre parte contrária, a assistente e o *amicus curiae*.

O Ministro Joaquim Barbosa, em decisão proferida no dia 04 de março de 2013, acolheu os fundamentos da petição apresentada pela União, na medida em que o pedido de admissão da Vale S.A. no feito, como assistente, seria extemporâneo. Nada obstante, os interessados não estariam impedidos de distribuir memoriais e outros materiais de estudo pertinentes à elucidação do tema em julgamento, sendo oportuna essa contribuição dogmática antes do início da sessão de julgamento.

Nesses termos, indeferiu o pedido de ingresso da Vale S. A como terceira interessada.

Merece destaque a contribuição que a Confederação Nacional da Indústria – autora da ADI 2588 – já admitida neste RE como *amicus curiae*, trouxe aos autos do processo. Primeiramente, citou artigo do economista Bernarnd Appy do qual destacou os ganhos trazidos pela internacionalização de empresas, tanto para elas mesmas, como para o país em que se situam. Demonstrou que estaria sedimentada a prática internacional de estabelecer um regime básico de tributação no qual a renda ativa das empresas subsidiárias só poderia ser tributada, quando tributada, após a distribuição de lucros dessa pessoa jurídica subsidiária. Assim, apenas os rendimentos que constituam a “renda passiva” destas empresas (juros, aluguéis, dividendos e royalties cobrados pelo uso de tecnologias ou patentes) poderiam ser submetidos a controle pelo regime *controlled foreign corporations*, incidente antes da distribuição de lucros. Este regime, para alguns países, incluiria a renda auferida em paraísos fiscais ou jurisdições de baixa tributação. Além disso, chamou a atenção para o fato de que no Brasil, ao contrário do que ocorreria nestes países, o que era para ser exceção, teria se tornado regra, de modo que as rendas ativas e passivas, originadas ou não de países de tributação favorecida, receberiam o mesmo tratamento. Mencionou, ainda, que a legislação brasileira não levava em consideração vedações legais à disponibilização do resultado, que poderiam existir nos países em que situadas as empresas subsidiárias, e deu como exemplo o

Equador, onde seria obrigatória a distribuição de 15% do lucro auferido aos funcionários da indústria. Não menos relevante seria o fato de que a legislação brasileira, diversamente de qualquer paradigma conhecido, não admitia a compensação de lucros e prejuízos das subsidiárias nem mesmo quando situadas em um mesmo país. Assim, afirmou que “se uma subsidiária brasileira auferir lucro correspondente a R\$ 2 milhões, mas outra, situada no mesmo país, tiver prejuízo de 15 milhões, a legislação brasileira não permite considerar o prejuízo e determina a tributação integral dos R\$ 2 milhões”⁶¹⁶.

Portanto, na origem dos problemas estaria o fato de a legislação brasileira não fazer qualquer distinção entre operações industriais e comerciais legítimas de empresas e operações estruturadas para desviar rendas para o exterior, tratando todas da mesma forma para fins de incidência tributária. A consequência seria uma situação “esquizofrênica” de tratamento tributário. Então, a CNI concluiu que o lucro apurado pela sociedade estrangeira subsidiária não levaria em conta a capacidade contributiva dessa sociedade, mas tão somente a de seus sócios ou acionistas – os quais só poderiam ser tributados a partir da disponibilidade dos lucros – conforme a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal do RE 172.058. O Ministro Barbosa sustentou, igualmente, que a Fazenda Nacional teria desenvolvido a tese de que a tributação antes da distribuição de lucros entre empresas seria possível por força do Método de Equivalência Patrimonial (MEP). Este entendimento estaria refletido nos votos dos ministros Nelson Jobim, Eros Grau e Cezar Peluso nos autos da ADI 2588. Contudo, a equivalência patrimonial seria insuficiente para mensurar renda tributável. Primeiro, porque esta equivalência continuaria a ser tratada pela legislação vigente como elemento exterior ao cômputo da determinação do lucro real auferido. Segundo, porque o dispositivo contido no artigo 74 da Medida Provisória 2158-35 não poderia ser declarado constitucional com base em método que nem ele, nem a legislação vigente, previam como determinante do lucro real. Além disso, mencionou que, tal como faziam a legislação brasileira e a equatoriana, outras também estabeleciam restrições à disponibilização de resultados pela pessoa jurídica sediada em seu território “seja obrigando a distribuir aos empregados, seja

⁶¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 611.586 [...].

obrigando a incorporar a seu próprio capital”⁶¹⁷, mas que, em todos os casos, não haveria como dizer que o controlador possuísse disponibilidade sobre os lucros da controlada. Defendeu que a norma instituída pelo artigo 74 da MP 2158-35 não se trataria de norma “antiabuso”, mas sim, de norma “antiuso” para o sistema empresarial, pois se fosse dedicada a proibir os usos anormais, se enquadraria como Regra CFC (*controlled foreign corporations*), aplicando-se somente aos rendimentos passivos ou àqueles auferidos em países de tributação favorecida. Conseqüentemente, reiterou seu pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória 2158-35/2001, bem como da declaração da inconstitucionalidade, sem redução de texto, do §2º do artigo 43 do CTN.

Na sequência, a Vale S.A apresentou, em 02 de abril de 2013, pedido de reconsideração da decisão que indeferiu o pleito sobre a assistência, pois, diferentemente de possível pedido de ingresso no feito como *amicus curiae*, nos termos do artigo 50 do CPC de 1973, a assistência pleiteada teria lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre. Assim, não haveria se falar em extemporaneidade da petição de ingresso no feito, pois o Código de Processo Civil não teria determinado qualquer prazo para a postulação do pedido de ingresso como assistente judicial, mas apenas como *amicus curiae* – para o qual deveria ocorrer antes da entrada dos autos na pauta de julgamento – como sedimentado na ADI 4071 de relatoria no Ministro Menezes Direito. Trouxe a lume manifestações dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes no sentido de admitir, também para os casos de participação do *amicus curiae*, que o ingresso ocorra a qualquer tempo no processo.

No dia 03 de abril de 2013, o ministro relator, Joaquim Barbosa, por questão de economia processual, levou ao plenário o pedido feito pela Vale S.A na forma de questão de ordem.

⁶¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 611.586 [...].

5.1.6 O julgamento do Recurso Extraordinário 611.586 (Coamo International x União Federal)

O julgamento foi efetuado em conjunto com o da ADI 2588. Quanto ao pedido de ingresso como interessado formulado pela Vale SA, diferentemente do que afirmou a requerente em seu pedido, não havia qualquer relação intersubjetiva, jurídica ou econômica com a cooperativa recorrente. Assim, o interesse da companhia seria um interesse geral, não vinculado ao destino do processo.

Ao iniciar seu voto, Joaquim Barbosa alertou a corte para o fato de que iria propor, para o caso, solução fundada em duas questões constitucionais que lhe pareciam de maior relevância. A primeira delas seria a de saber se o alegado temor de abuso com vistas à evasão ou à elisão fiscal autorizariam o Estado a atalhar o devido processo legal. A segunda delas seria a de saber se a interpretação do texto constitucional poderia evoluir para acompanhar as mudanças sociais e, com isso, garantir certas expectativas fiscais.

O Ministro Joaquim Barbosa deu destaque ao fato de que a modernidade teria estabilizado a regra das transações imateriais em todo o globo e que essa situação impunha desafios para as autoridades fiscais. Apesar disso, a obsolescência da legislação tributária não poderia ser invocada para proteger a evasão fiscal. Em síntese, a autoridade fiscal não poderia simplesmente presumir que o contribuinte estivesse intencionalmente se esquivando do pagamento do tributo para invadir a sua esfera de poder e legislar de forma arbitrária.

Afastou a utilidade do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) para dar solução ao caso, pois este teria por objetivo somente prever a quantia do lucro ou do prejuízo que seria repassado à empresa investidora. Tratar-se-ia, portanto, de um método de avaliação de investimentos, o qual não refletiria alterações definitivas nos ingressos patrimoniais do contribuinte investidor. Tanto o seria que a legislação tributária teria proibido que os prejuízos servissem como forma de desconto na cobrança dos impostos.

Constatou, outrossim, que “inexiste qualquer relação necessária entre o dia 31 de dezembro de cada ano e a disponibilização de recursos provenientes de

participações nos lucros e resultados de investimentos”⁶¹⁸. Logo, o término do ano civil não poderia ser considerado o momento no qual ocorresse a distribuição de lucros aos sócios ou acionistas.

Desse modo, negou provimento ao Recurso Extraordinário pelo fato de a empresa estrangeira subsidiária à Recorrente, no caso, estar localizada em paraíso fiscal, e o contribuinte brasileiro (COAMO) ser cooperativa cuja entidade controlada no exterior careceria de explicações para comprovação de seu propósito negocial.

O Ministro Marco Aurélio, ante os argumentos apresentados – e discordando do posicionamento adotado no voto do Ministro Joaquim Barbosa –, apresentou esclarecimento mediante o qual consignou que a interpretação conforme não autorizaria o judiciário a agir como legislador positivo.

Nesse sentido, ressaltou que não seria papel da corte, como parte do Poder Judiciário, atuar como legisladora e instituir regras não determinadas pelo Congresso Nacional, mas sim aferir se as normas atacadas guardavam, ou não, harmonia com o sistema constitucional tributário brasileiro.

No tocante às empresas que mantenham legislação de combate à evasão fiscal, ressaltou também que já haveria, para estes países, arcabouço normativo acionado pelo Fisco para coibir fraudes.

Logo em seguida, o Ministro Teori Zavascki suscitou, sobre a mesma matéria, que só faltaria o voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 2588 para conferir efeito *erga omnes* à decisão em controle concentrado, a qual alcançaria também os recursos extraordinários sobrestados.

Pelo debate sobre a conclusão da ADI 2588, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a restrição à aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2158-35 aos países em que a legislação tributária fosse configurada como paraíso fiscal, seria perigosa na medida em que a Instrução Normativa da Receita Federal responsável por delimitar estes países seria alterável, a qualquer momento.

O Ministro Dias Toffoli, defendendo a linha argumentativa adotada pelo

⁶¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 611.586 [...].

Ministro Joaquim Barbosa, mencionou que a legislação (parágrafo único do artigo 24-A da Lei nº 9.430/96) também seria legítima a orientar a composição da lista de países considerados paraísos fiscais.

Os ministros concluíram que, a partir da decisão tomada pelo relator do RE, seria impossível extrair-se um resultado claro para a ADI 2588, uma vez que nenhuma das teses adotadas teria alcançado os seis votos necessários para a constituição de uma maioria.

Cogitou-se convocar os colegas que já teriam votado na ADI 2588 para se manifestarem acerca da diferenciação dos países sediados e não sediados em paraísos fiscais, o que não foi acolhido. A solução, então, adotada foi a de colher o voto do Ministro Teori Zavascki – que não votaria na ADI 2588 – para o próprio RE 611.586. Afastou a alegação de que o artigo 74 da Medida Provisória teria criado tributo novo, bem como a de que o fato gerador do imposto de renda teria sido alterado por seu intermédio. A sistemática da territorialidade, estabelecida pela Lei no. 4.506/64, teria permitido tratamento fiscal tão favorável à evasão que, acentuado pela abertura da economia brasileira às empresas estrangeiras, seria necessário que ação pública fosse adotada para combatê-lo.

No entanto, as sistemáticas estabelecidas pela Lei n. 9249/95, Instrução Normativa n. 38/1996 e Lei n. 9532/97 não teriam deixado claro o momento em que ocorreria a disponibilidade do lucro auferido no exterior para fins de tributação pelo Estado brasileiro, o que veio a ser feito pela Medida Provisória n. 2158-35.

Referenciou o voto do Ministro Nelson Jobim na ADI 2588 para diferenciar os conceitos de “regime de caixa” e “regime de competência” lecionando que neste, o reconhecimento das receitas e rendimentos ganhos em cada exercício seria feito independentemente da sua realização em moeda.

Para o Ministro Teori, a questão que se impunha no caso seria, principalmente, a de saber se o regime de competência – que já existia no país para filiais e sucursais estrangeiras e que teria sido estendido por meio da MP n. 2158-35 às controladas e coligadas no exterior – traria, de fato, alguma ofensa ao conceito de renda contido na Constituição Federal ou ao sentido de “disponibilidade” contido no artigo 43 do Código Tributário Nacional. De fato, a disponibilidade econômica não

poderia ser confundida com a disponibilidade jurídica da renda. Aquela seria vista apenas como simples acréscimo patrimonial, independente da efetiva existência de recursos financeiros, enquanto esta pressupunha a existência física dos recursos em caixa. Não haveria, portanto, qualquer incompatibilidade entre o artigo 43 do CTN, o regime de competência estabelecido na Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e o artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35, para os efeitos fiscais referidos. É que o balanço fiscal da pessoa jurídica, ao apurar o resultado do exercício, simplesmente confirmaria um fenômeno já existente na realidade, a disponibilidade econômica. Nesse sentido, os resultados econômicos positivos decorrentes do balanço econômico já se operariam no plano da realidade independentemente de sua realização financeira.

Reconheceu, assim, a constitucionalidade do *caput* do artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35 sem quaisquer ressalvas às empresas submetidas ao Método de Equivalência Patrimonial (MEP). Também entendeu não ser o caso de se fazer ressalvas a acordos internacionais que eventualmente tivessem disciplinas próprias distintas daquela estabelecida pelo artigo 74 da MP n. 2158-35.

Após discussão entre os julgadores, o Ministro Joaquim Barbosa decidiu adiar por uma semana o julgamento do processo para a semana seguinte. No dia 10 de abril de 2013, a corte alcançou o julgamento da ADI 2588/DF em duas hipóteses. Ficou reconhecido de modo definitivo o seguinte:

- a) Ser legítima a aplicação do artigo 74 da MP n. 2158-35/2001 relativamente a ganhos provenientes de empresas controladas sediadas em países com tributação favorecida;
- b) Ser ilegítima a aplicação do mesmo artigo relativamente a rendimentos provenientes de coligadas sem tributação favorecida.

Após longos debates, os ministros chegaram ao consenso de que, no que diz respeito ao RE 611.586 sob análise, haveria concordância geral em negar-se provimento ao pedido feito pela COAMO, uma vez que a empresa estrangeira por ela controlada estaria sediada em paraíso fiscal.

O Ministro Luiz Fux também acompanhou os efeitos vinculantes da ADI, negando seguimento ao RE 611.586. O Ministro Dias Toffoli destacou que, em uma

primeira apreciação da matéria, seguiria o voto prolatado pelo Ministro Nelson Jobim no sentido de que a disponibilidade econômica, para pessoas jurídicas, independeria do recebimento concreto dos valores pelo contribuinte. Reconheceu o Método de Equivalência Patrimonial (MEP) como meio de reconhecer, prévia e independentemente da distribuição de lucros, os resultados apurados pela controlada ou coligada. Consignou que a eventual distribuição destes lucros seria irrelevante para verificar o real crescimento do lucro líquido da pessoa jurídica brasileira.

Observou que, em síntese, a Medida Provisória n. 2158-35 teria apenas deslocado o momento de incidência do imposto de renda para o momento imediatamente posterior ao balanço fiscal, adotando, assim, o regime de competência.

Por fim, mencionando o efeito vinculante e *erga omnes* da ADI 2588 para o caso, destacou que, pelo fato de a empresa subsidiária à recorrente estar sediada em país de tributação favorecida, a norma contida no artigo 74 da Lei n. 2158-35 seria constitucional e desproveu o recurso.

A Ministra Cármen Lúcia, em breve voto, simplesmente aplicou ao caso o decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2588, negando provimento ao recurso da COAMO.

Do mesmo modo votou o Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu que pelo acórdão formalizado para a ADI 2588, haveria um erro em se assumir que seria aplicável inteiramente ao caso do RE 611.586, uma vez que não se haveria como presumir que a Recorrente, Cooperativa COAMO, apenas tivesse relações de controle com controladas ou coligadas situadas em países de tributação favorecida. Assumindo a aplicabilidade da decisão tomada na ADI 2588 ao caso, pouco importaria a disponibilidade econômica ou jurídica da renda auferida no exterior para se ter a incidência do imposto de renda no Brasil. Assim, entendeu que seria possível dar provimento ao recurso extraordinário reportando-se, simplesmente aos termos de seu voto lançado na ADI 2588.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, apesar de ter, na ocasião do

juízo da ADI 2588, proferido voto no sentido da procedência do pedido – na mesma linha dos ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski –, reconheceu ter ficado vencido na ocasião e, em respeito ao princípio da colegialidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela empresa contribuinte.

O Ministro Marco Aurélio tentou convencê-lo de que o acórdão proferido pela ADI 2588 não teria considerado a situação hipotética de a empresa contribuinte também possuir controladas e coligadas em países que não são paraísos fiscais e que, se isso ocorresse, a Corte estaria sendo negligente ao julgar a matéria pela vez primeira em sede de recurso extraordinário.

No entanto, o Ministro Celso de Mello manteve seu voto.

No dia seguinte, o Ministro Gilmar Mendes relembrou os votos dos demais ministros no julgamento da ADI 2588 e destacou a importância do tema tendo em vista o contexto jurídico e econômico de crescente internacionalização da atividade empresarial. Mencionou que a tributação da renda das pessoas jurídicas no Brasil vinha apresentando sinais efetivos de mudança no sentido de adotar a regra da universalidade da tributação de renda em lugar do princípio da territorialidade que até então vigorava. Entendeu que a norma contida no artigo 74 da MP n. 2158-35 estaria pautada em dois fundamentos que seriam o combate à evasão fiscal e a coibição da postergação indefinida da incidência tributária. Assim, o seu propósito seria definir as condições e o momento em que se daria a disponibilidade, tendo a norma apenas delimitado este aspecto para permitir a incidência do Imposto de Renda para as pessoas jurídicas. Acompanhou, na interpretação do §2º do artigo 43 do CTN, a tese adotada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de ser impossível o desprezo da disponibilidade econômica ou jurídica da renda para fins de determinação do momento de incidência do imposto. No entanto, entendeu não ser o caso de aplicar-se a interpretação conforme à disposição em exame, a qual não comportaria conclusões divergentes.

Assim, não reconheceu qualquer violação de normas constitucionais pela Medida Provisória n. 2158-35 na medida em que não existiria, no texto constitucional, qualquer definição de “renda” para fins de efeitos fiscais. Sustentou que a disponibilidade, no caso da relação entre empresas investidoras e investidas,

de fato, poderia ser reconhecida independentemente da distribuição efetiva dos rendimentos entre as mesmas. Isso ocorreria, pois, desde o momento do balanço contábil da empresa investida, já se operaria o incremento do valor de mercado à empresa investidora.

Assim, o acréscimo patrimonial positivo da empresa investidora seria percebido imediatamente após a apuração dos lucros auferidos no exterior, de tal sorte que, na mesma linha argumentativa adotada pelo Ministro Nelson Jobim, reconheceu que, previamente à distribuição de lucros, faltaria disponibilidade financeira à pessoa jurídica sediada no Brasil, mas não disponibilidade econômica, conceitos distintos.

Mencionou, ainda, que a regra adotada pela Medida Provisória n. 2158-35 poderia, de fato, ser gravosa às pessoas jurídicas brasileiras e reconheceu que, em determinados países, haveria a aplicação do sistema *Controlled Foreign Corporations*⁶¹⁹. Apesar disso, entendeu não ser papel da corte constitucional reconstruir a política fiscal adotada pelo governo.

Com relação à distinção feita pela Ministra Ellen Gracie entre controladas e coligadas, entendeu por bem por sua impertinência no debate. Primeiramente porque a disponibilidade da renda se operaria em igual medida no momento do balanço financeiro do exercício; como segunda razão, o acréscimo patrimonial positivo no patrimônio da sociedade investidora seria o principal fator configurador da disponibilidade; em terceiro lugar, a interpretação adotada favoreceria a eficácia

⁶¹⁹ “[...] como a lei exigia a disponibilidade da renda para a incidência do imposto no país, a empresa situada no Brasil poderia escolher o momento em que tal lucro se tornaria disponível e, assim, controlar e escolher o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda. Ainda, a coligada ou controlada no exterior poderia jamais remeter estes lucros auferidos à empresa brasileira investidora, de forma que o fato gerador jamais se configuraria e, desta forma, jamais pagaria tributos no Brasil. Estava estabelecida então uma via livre para que os contribuintes cometessem evasão fiscal, uma vez que a lei, àquela época, determinava que os lucros só seriam tributados se fossem efetivamente remetidos para a investidora localizada no Brasil. Este modelo, porém, não se coaduna com um mundo globalizado como o que hoje vivemos, razão pela qual se impõe a adoção das chamadas regras de tributação de CFCs, as quais são criadas justamente para combater este tipo de comportamento e evitar a elisão (ou planejamento tributário) e a evasão (ou sonegação) fiscal, que podem ocorrer com base nos estímulos oferecidos pelos países denominados “paraísos fiscais””. MUNIZ, Amanda Almeida. **Os tratados internacionais para evitar a bitributação e as regras CFC no Brasil e nos EUA: um estudo comparado**. Trabalho de conclusão de Pós-graduação apresentado na Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2016, p. 26.

antilesiva da norma. Contudo, reconheceu que as implicações financeiras seriam diversas nos casos em que a subsidiária estrangeira se encontrasse em local conhecido como paraíso fiscal.

Por essas razões, na mesma linha do que fora decidido pelo plenário na ADI 2588, reconheceu a constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35 e negou provimento ao Recurso Extraordinário 611.586.

Assim, por maioria, o tribunal, seguindo o voto do ministro relator Joaquim Barbosa negou provimento ao Recurso Extraordinário 611.586, ficando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

5.2 A ANÁLISE DO JULGAMENTO SOB O PRISMA DEMOCRÁTICO

5.2.1 A aplicação dos direitos fundamentais tributários: a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade substancial

Os argumentos apresentados pela CNI e pela COAMO Cooperativa, bem como pelo Ministério Público Federal, Presidente da República, Advocacia Geral da União e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional diziam respeito aos seguintes aspectos constitucionais: inviabilidade de medida provisória para tratar da tributação das controladas e coligadas no exterior, tendo em vista a falta de urgência da sua edição, além do fato de que havia projetos de lei em tramitação no Congresso, o que afastaria este requisito, aplicável à espécie, nada obstante a redação da EC 32/2001 tenha sido alterada na mesma oportunidade da edição da referenciada medida provisória; por outro lado, os órgãos representantes dos interesses do Estado justificaram a edição da medida provisória primeiramente com base na impossibilidade de o Judiciário imiscuir-se em decisões de ordem legislativa e executiva, além do fato de que a urgência, caso admitido o seu questionamento, estaria presente na importância de o Brasil combater a elisão fiscal internacional; o argumento seguinte foi referente à violação da materialidade do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, pois a exigência de tais tributos na publicação do balanço dos lucros no exterior pelas controladas e coligadas destoaria do núcleo do conceito de renda, que significa aquisição da disponibilidade econômica, além do fato de que, para vários países em que existem acordos para evitar a dupla tributação, a aplicação dessa nova regra conflitaria com a própria

essência de tais normas. Para rebater esses argumentos, a Procuradoria da Fazenda Nacional afirmou que a materialidade estaria preservada, pois o balanço já sinalizaria o lucro das controladoras e das coligadas, sendo que a medida provisória teria alterado apenas o momento da ocorrência do fato gerador dos tributos; adicionalmente, foram apresentadas e demonstradas as violações às regras da anterioridade e da irretroatividade tributária, na medida em que se tributaria em 2002 os lucros apurados em 31 de dezembro de 2001, ano em que a medida provisória foi editada, o que foi contestado pelos órgãos estatais porque a redação do dispositivo de vigência alcançaria apenas os lucros apurados após a vigência da medida provisória, ou seja, 2002.

Apesar de relevante para a conformação do direito ao que o constituinte elegeu como primordial e basilar para o estabelecimento da relação tributária, a aplicação da regra da anterioridade e da irretroatividade, conforme discutidas nos processos eleitos para análise, não será objeto de deliberação.

Examinar-se-á a forma como o Supremo Tribunal Federal conduziu a aplicação dos princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da igualdade ou isonomia.

Em relação à capacidade contributiva, as partes envolvidas nos processos não suscitaram a sua violação pelo dispositivo da medida provisória questionado no Supremo Tribunal Federal. No entanto, ministros fizeram referência à capacidade contributiva como corolário da arguida violação à materialidade do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

Além da obrigatoriedade de observância do princípio da capacidade contributiva, ainda que não alegada, para qualquer discussão que envolva a exigência de tributos, tal qual proposto, a Corte atentou para o fato de que as discussões sobre a materialidade e os conceitos constitucionais dialogam diretamente com o núcleo da capacidade contributiva.

De um lado, o artigo 146 da Constituição Federal atribui à lei complementar a definição dos fatos geradores, das bases de cálculo e dos contribuintes dos impostos, sendo que isso não significa uma carta em branco, expressão usada pela Ministra Ellen Gracie no julgamento.

O elemento da coerência sistêmica determina que haja correspondência semântica. A coerência é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum”⁶²⁰. Consiste, assim, no critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. A qualidade de coerente atribui-se quando o sentido do termo é completo e há conexão positiva de sentido sistêmico.

Por esta razão, não é correto afirmar que a Constituição deixou de atribuir sentido ao termo “renda”. Há conteúdo no texto e ele deve ser expresso pela conjugação dos enunciados normativos pertinentes, limitados pela capacidade contributiva. Conforme afirmado, o STF precisa levantar os sentidos atribuídos ao termo sobre o qual a controvérsia se lança, no Legislativo, no Executivo e na sua própria jurisprudência, para chegar a um conceito a partir do qual irá definir pela sua aplicação ou, no caso de superar, que o faça com base em elementos democraticamente colhidos, ou seja, por intermédio da participação dos atores afetados direta e indiretamente, por representação ou, de preferência, por participação direta.

Com relação ao exercício de levantar o sentido do termo *renda* na legislação e nas normas e conceitos editados pelo executivo, o STF fez referência ao histórico da legislação aplicável a pessoas jurídicas sediadas no exterior. Esta referência é clara ao relacionar as sistemáticas estabelecidas pelas Lei no. 9.249/95, Instrução Normativa no. 38/96 e Lei no. 9.532/97 no que tange à retrospectiva da tributação de espécies societárias, bem como a Lei das SA, em que pese não se refiram especificamente ao conceito de renda. Sobre o conceito de renda, a fundamentação do julgamento deixou de considerar o núcleo da acepção linguística descrita no Código Tributário Nacional. A este respeito, Humberto Ávila assinala que o conceito de renda pode ser extraído da aplicação sistemática da hipótese material descrita na lei complementar⁶²¹.

O conceito de renda explicitado no CTN diz respeito ao que acresce o

⁶²⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 301.

⁶²¹ ÁVILA, Humberto Bergamo. Notas sobre o novo regime jurídico do ágio. *In* MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). 5. V. São Paulo: Dialética, 2014, p. 149.

patrimônio, e a aferição desse fenômeno demandaria apoio de *expert* em contabilidade para dimensionar os lançamentos dessa ordem que permitiriam concluir pelo aumento, na medida em que as ocorrências de acréscimo patrimonial são cientificamente dimensionadas nessa área do conhecimento. Será explorado o papel de apoio técnico contábil no tópico sobre a participação dos afetados, mas, como forma de traduzir a colaboração da sociedade na solução, é possível afirmar que a mera referência pelas partes diretamente envolvidas não é suficiente para justificar a decisão. Em verdade, houve referência ao método de equivalência patrimonial como técnica pré-existente no ordenamento para avaliação do investimento. Ocorre que a referida técnica não enseja a apuração do imposto sobre a renda. Essa conclusão já havia sido editada pelo Superior Tribunal de Justiça quando apreciou a legalidade de Instrução Normativa que preconizava a exigência do imposto quando houvesse resultado positivo da equivalência patrimonial⁶²².

Isso não significa que a conclusão do julgamento deveria ser outra, mas que o STF deveria ter buscado elementos para chegar à conclusão de que, empiricamente, a publicação do balanço tem o reflexo de agregar o patrimônio do contribuinte no Brasil.

Julgados do Supremo Tribunal Federal já concluíram que o conceito constitucional está relacionado e embasado na coerência e na consistência dos sentidos que se pretenda atribuir ao núcleo da materialidade descrita no texto constitucional: “se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição”⁶²³.

⁶²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DO RESULTADO POSITIVO. MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. ILEGALIDADE DO ART. 7º, §1º, DA IN/SRF N. 213/2002. 1. Os mais recentes julgados do STJ são no sentido de que o § 1º do art. 7º. da IN 213/2002 violou o princípio da legalidade tributária, uma vez que amplia, sem amparo legal, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao prever a tributação sobre o resultado positivo da equivalência patrimonial. Neste sentido: EDcl no REsp 1325709/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 04/09/2014. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 531.112/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015)

⁶²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSTO DE RENDA. REMESSA DE JUROS PARA O EXTERIOR, APÓS O ADVENTO DO DECRETO-LEI N. 401 1968. INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO. II.

Outra referência havia sido mencionada quando do julgamento do RE 89791, de relatoria do Min. Cunha Peixoto, em 1978: “na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo patrimonial”⁶²⁴.

Este conceito foi reafirmado à luz da Constituição Federal de 1988, em 1993, quando do julgamento do RE 117.887, quando a Corte consignou que o conceito de rendas e proventos de qualquer natureza “implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial, que ocorrem mediante o ingresso ou auferimento de algo, a título oneroso”⁶²⁵.

Assim, a premissa que o STF fixou quando do julgamento da ADI 2588 quanto à ausência de conceito constitucional de renda, em sentido diverso do que a sua jurisprudência havia sedimentado. A superação de precedentes é possível dentro do ambiente jurídico, desde que haja justificação amparada na manifestação participativa da sociedade. A demonstração deste quesito no julgamento em análise não foi realizada de modo vertical, sequer mencionada a razão pela qual a jurisprudência sobre o conceito deveria ser superada.

Com relação à tributação pelo regime de competência, a referência na argumentação lançada pelo STF apenas consigna que o núcleo da aquisição de disponibilidade jurídica seria justificativa suficiente para a tributação do IRPJ e da CSLL. Com efeito, o acórdão apenas diz que o “regime de competência”, ao qual se

QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA NA ASSENTADA DO JULGAMENTO. USO DA PALAVRA DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA NAS CAUSAS EM QUE A UNIÃO FEDERAL NÃO É RECORRENTE. APLICAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO, ART.136, PARÁGRAFO ÚNICO, C.C. O ART. 137 E SEUS PARÁGRAFOS. III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. VOTOS VENCIDOS. (RE 71758, Relator: Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1972, DJ 31-08-1973 PP-06310 EMENT VOL-00919-01 PP-00272 RTJ VOL-00066-01 PP-00140)

⁶²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSTO DE RENDA. A FALTA DE DISPOSITIVO EXPRESSO, NÃO INCIDE SOBRE PARCELAS RECEBIDAS A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO PREÇO DE VENDA DE AÇÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 89791, Relator: Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 03/10/1978, DJ 20-10-1978 PP-08206 EMENT VOL-01112-02 PP-00560 RTJ VOL-00096-02 PP-00781)

⁶²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSTO DE RENDA. A FALTA DE DISPOSITIVO EXPRESSO, NÃO INCIDE SOBRE PARCELAS RECEBIDAS A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO PREÇO DE VENDA DE AÇÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 89791, Relator: Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 03/10/1978, DJ 20-10-1978 PP-08206 EMENT VOL-01112-02 PP-00560 RTJ VOL-00096-02 PP-00781)

submeteriam as empresas (nos termos do artigo 187 da Lei das SA), dispensaria o efetivo recebimento ou pagamento para a apuração de resultados do exercício financeiro. Para o regime de competência, portanto, não se espera disponibilidade efetiva de recursos para perfectibilização do fato gerador do IRPJ.

A definição da materialidade dos tributos está atrelada à capacidade contributiva, e esta relação foi identificada pelos Ministro Jobim. O sentido da capacidade contributiva atribuído pelo ministro dizia respeito ao porte das companhias controladoras ou coligadas que tenham, efetivamente, a capacidade de desembolsar o tributo em função da ocorrência do fato gerador das espécies tributárias IRPJ e CSLL.

A capacidade contributiva exige que a lei de aumento de tributos seja precedida de uma análise das consequências na conformação da economia e no indivíduo, pois, caso contrário, não há como abandonar o efeito do desincentivo às atividades e da exigência de tributos sobre a propriedade.

Além disso, a justificativa de exigência de tributos com base em combate à elisão fiscal destoa da conjuntura da capacidade contributiva. O receio de elisão fiscal apenas justificaria retenção, condicionado à efetiva aquisição da disponibilidade jurídica.

Não houve enfrentamento da capacidade contributiva pelas empresas controladoras e coligadas, o que, por si só, não poderia fazer com que a conclusão fosse pela constitucionalidade. Era necessário efetivar o teste de correspondência entre as pretensões do poder executivo frente à recepção da nova legislação pela sociedade.

A aceção da capacidade contributiva do contribuinte utilizada no acórdão foi a de volume patrimonial das companhias sujeitas à tributação do imposto de renda e da contribuição social. O Ministro Ayres Britto, por exemplo, acolheu o argumento da PGFN de que onde houver capacidade contributiva, será lícita a imposição de tributos, cabendo à Administração Fiscal concretizar eficazmente, o que é o objetivo maior da justiça tributária. Conceito usado de capacidade contributiva como se correspondesse apenas a existência de riqueza, dissociada da relação conseqüente da ocorrência do fato gerador.

O princípio da capacidade contributiva parece não ter sido bem apreendido e aplicado, na medida em que não é a existência de poderio econômico que justifica a tributação, mas a sua ausência é que impede a tributação da forma como presente na lei. A capacidade contributiva é uma garantia do indivíduo, enquanto que a prerrogativa, do ponto de vista fiscal, é a igualdade e isonomia, tributando-se com maior carga (progressividade) os que possuam mais disponibilidade econômica.

Quanto à legalidade, o STF enfrentou apenas o aspecto formal, e de forma superficial. O veículo utilizado para a edição do novo regime de tributação foi a medida provisória. Com efeito, de acordo com o texto constitucional, a medida provisória é ato normativo primário e provisório, de iniciativa do Presidente da República e consiste materialmente em lei. Pode ser vista como projeto de lei com vigência antecipada. José Levi do Amaral afirma que a medida provisória possui feição ambivalente, na medida em que “tem, em face de seus destinatários, a natureza de ato normativo provisório pela força de lei que lhe é atribuída enquanto não rejeitada expressamente ou caduca por decurso de prazo”⁶²⁶.

O questionamento de medidas provisórias se prestarem a regular matéria de natureza tributária já foi realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no campo acadêmico. Institucionalmente, o STF já assentou a possibilidade de instituição de tributos por medida provisória porque se trata de espécie normativa primária, não regulamentar, além do fato de que, se há convolação em lei, não há que se falar em qualquer objeção ao meio⁶²⁷.

⁶²⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória**: edição e conversão em lei. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

⁶²⁷ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições parafiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parágrafo 4. do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parágrafo 4.; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a"). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa é que ela se

A leitura do princípio da legalidade como mero instrumento formal alinhar-se-ia à posição do STF quanto à compatibilidade da medida provisória para instituição de tributos. Ocorre que a acepção material e substancial, relacionada com o consentimento da sociedade ao aumento do tributo é incompatível com o trâmite da medida provisória.

A legalidade é um sinal, não a conclusão, de que a democracia foi exercida. Se houve subordinação aos aspectos processuais-legais, há presunção no jurisdicionado de que é dotada de participação dos indivíduos, que livremente se manifestaram no processo deliberativo, por representação e até mesmo de forma direta, e que será válida para todos os que se encontrarem nas circunstâncias fáticas descritas na hipótese de incidência.

Por isso é que se diz que o princípio da legalidade tributária é decorrente do próprio princípio da democracia, uma vez que consiste em princípio que consigna o consentimento dado pelo povo antecipadamente para a criação ou aumento de tributos⁶²⁸.

No rito da medida provisória, o Presidente da República, em hipóteses de relevância e urgência, edita medida que produz efeitos imediatos, contudo depende da aprovação do Congresso Nacional para ser considerada lei em definitivo. O prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis por igual período. Assim que recebida no Congresso Nacional, é criada comissão mista de deputados e senadores para aprovação de um parecer. Caso uma das casas rejeite a medida provisória ou se perca a eficácia, os congressistas devem editar um decreto legislativo para disciplinar os efeitos jurídicos decorrentes do período em que a medida vigorou⁶²⁹.

Ocorre que o ambiente e o rito da medida provisória não são compatíveis com

destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.). V. - Inconstitucionalidade do art. 8., da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art. 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, parag. 6). Vigência e eficácia da lei: distinção. VI. - Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8. da Lei 7.689, de 1988. (RE 138284, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28-08-1992 PP-13456 EMENT VOL-01672-03 PP-00437 RTJ VOL-00143-01 PP-00313)

⁶²⁸ YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário**: uma visão sistêmica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

⁶²⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória**: edição e conversão em lei. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144-ss.

o tempo necessário para os estudos de impacto exigidos para conformação à capacidade contributiva. É verdade que tais estudos podem e devem ter sido realizados pelo Ministério da Fazenda ou outros órgãos do Poder Executivo, mas não são suficientes para satisfazer a discussão na esfera legislativa (deliberativa) e do estudo de impacto pela sociedade, ainda que por representação.

Sacha Calmon⁶³⁰ e Roque Carraza⁶³¹ afirmam que a medida provisória estaria desajustada da necessária observância das regras da anterioridade e da noventena. É que a as exigências referenciadas dizem respeito à majoração e à instituição de tributos e atribuem preponderância maior à preparação financeira do contribuinte em detrimento da urgência da arrecadação. Trata-se de um limite negativo que conflita com a urgência na criação do tributo novo ou na majoração de já existente.

José Roberto Vieira⁶³² aponta a lei como o instrumento inadequado para tutelar relação jurídico-tributária porque a exigência de lei decorre do exercício da representatividade democrática. A medida provisória, por mais que possua força de lei, não é espécie de lei e não se encaixa na exigência constitucional para a criação de tributos.

Na acepção apresentada, o problema propriamente da medida provisória para a instituição de tributo ou a alteração dos seus aspectos refere-se menos à forma procedimental como se estrutura a alteração e, mais ao modo e aos estudos que antecederam a mudança.

Outro aspecto que está destituído de análise no acórdão é a subsunção da medida provisória aos seus pressupostos autorizadores, quais sejam, a urgência e a

⁶³⁰COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.

⁶³¹ “Só há urgência a autorizar a edição de medida provisória, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inelidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos §1º e §2º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto. O Judiciário, em última análise, decidirá a respeito”. CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 177.

⁶³² VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno. In FISCHER, Octavio Campos Fischer (coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 213.

relevância. A relevância foi demonstrada, na medida em que foi pontuada a necessidade de tutela de medidas adotadas no cenário internacional para o combate à elisão fiscal internacional. Nesse sentido, o Ministro Joaquim iniciou seu voto com a provocação acerca da possibilidade de que o alegado temor de abuso das empresas com vistas à evasão ou à elisão fiscal autorizasse o Estado a atalhar o devido processo legal, mas a maioria dos ministros houve por bem manter a forma de tributação veiculada.

Neste aspecto, há falta de demonstração do significado jurídico do termo *urgência*, o que revela fragilidade argumentativa. A afirmativa de que apenas excepcionalmente o judiciário pode examinar a legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Executivo esbarra na função cooperativa e fiscalizadora da democracia de que cada uma das funções do poder está imbuída.

O problema detectado de interferência ilegítima nos poderes diz respeito à forma como determinado enunciado normativo é editado, à possibilidade de o Judiciário reunir elementos que lhe permitam suplantar a conclusão a que chegue o Poder Legislativo. Assim, a falta da demonstração da urgência na edição da MP 2158-35 indicaria o descumprimento de um dos pressupostos para sua validade, o que conduziria à inconstitucionalidade.

Outro aspecto da legalidade que deveria ter sido enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal relaciona-se à participação dos grupos afetados no Congresso Nacional. Não houve conversão em lei, já que se trata de medida provisória reeditada por mais de 35 (trinta e cinco) vezes. Ou seja, a circunstância da não conversão em lei era mais uma razão para que o STF enfrentasse a participação dos parlamentares no processo de inserção de norma no ordenamento jurídico, a qual foi inexistente.

Esse cenário é agravado quando se levanta o fato de que as alterações na legislação tributária são oriundas da conversão de medidas provisórias, atos pensados e produzidos no ambiente do credor da relação tributária. A convalidação das medidas provisórias deve ocorrer em 60 dias, prazo este que não é compatível

com o tempo das discussões necessárias ao estudo de impacto⁶³³.

A quantidade de normas desordenadas e arbitrárias produz a elevada complexidade e, ao contrário, conduz o indivíduo a um campo de isolamento e estranhamento frente à ordem jurídica. De fato, “as numerosas normas especiais sobrecarregam as normas gerais”⁶³⁴.

A função de um Tribunal Constitucional é salvaguardar a aplicação do princípio da capacidade contributiva e livrar o ordenamento jurídico do caos. Klaus Tipke afirma que “se o legislador aprova dolosa ou levemente leis que são inconstitucionais ou se ele não revoga ou modifica as leis que pela maioria são consideradas por boas razões inconstitucionais, então ele atua tributariamente de modo imoral”⁶³⁵.

Os tribunais devem assumir a função de guardiães da moral tributária. Como consequência dessa função, há três caminhos possíveis: a análise de como o objeto das discussões que lhes são endereçadas é abordado no Legislativo, no Executivo e, também, nos tribunais em momento anterior ao do julgamento que se opera; a observância das regras do jogo democrático quando da produção desses enunciados normativos nos ambientes legislativo, executivo e judiciário; proceder ao teste de correspondência entre a vontade popular e os enunciados normativos vigentes e, se for caso, tomar a decisão mais ajustada à compreensão social e aos

⁶³³ “Embora o tempo econômico esteja presente em vários campos da experiência social, não é assim com todos. Assim ocorre com as relações entre direito e economia. Embora direito e economia sejam disciplinas políticas, no sentido de que pressupõem a aplicação do raciocínio prático, há uma diferença fundamental nas lógicas das duas disciplinas. Tomado o direito no momento da legiferação (excluídas, portanto, as dimensões da norma posta como objeto da chamada ‘ciência do direito’ e a norma no momento de sua aplicação), constata-se que o ritmo das discussões e debates parlamentares é lento, ao contrário do tempo econômico. É próprio do processo legislativo que haja pouca velocidade na confecção de leis. Isto decorre do fato de que as normas devem programar o futuro, o que torna a confecção de leis um processo de especulação sobre os resultados e impactos futuros da norma na realidade fática. Normas têm de ser capazes de regular um campo de condutas e, ao mesmo tempo, de controlar retrospectivamente os desvios. Daí falar-se em funções didática e repressiva das normas. As normas jurídicas têm, assim, pretensão de estabilidade e durabilidade, pois são, em certo sentido, estruturantes do “jogo” social, assim como econômico” CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 30.

⁶³⁴ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 75.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 79.

direitos almejados ou, sendo inviável pela limitação dos instrumentos do jogo democrático, determinar a devolução do assunto ao local de deliberação onde se originou o enunciado normativo.

Diferentemente do que ocorre com questões morais, em que todos os indivíduos podem se posicionar, os assuntos de tributação exigem a *expertise* da economia e dependem da análise técnica tanto da aplicação da norma, como da consequência da aplicação.

E mesmo sendo dessa forma, o espectro da decisão criadora da norma deveria ser acompanhado da legitimação por meio de testes responsivos. Não é o que acontece no caso da medida provisória, na medida em que o STF deveria ter a função de completar o processo de legitimação da elaboração do texto normativo para conformar os postulados democráticos.

A medida provisória não é o veículo normativo ideal para tratar de matéria tributária. O texto serve apenas como projeto de lei não ortodoxamente processado, pois qualquer discussão sobre a urgência e relevância se extingue diante da necessidade de consentimento e, conforme afirma Geraldo Ataliba, do princípio da anterioridade⁶³⁶.

O princípio da igualdade tributária não foi sequer mencionado.

O STF também deveria se preocupar com a questão do destino do tributo. Mangabeira⁶³⁷ propõe o estudo do Direito Tributário de forma conjunta com as

⁶³⁶ ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *In Revista de Direito Tributário*, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, ano, p. 127.

⁶³⁷ “Esta parte do curriculum incluirá o direito tributário. A inovação mas (sic) importante será o estudo do gasto público ao lado do estudo dos tributos. O maior defeito do estudo tradicional dos tributos nas faculdades de direito de todo o mundo é o hábito de estudar a arrecadação independentemente do gasto. Com isso, ofusca-se o sentido da tributação e suprime-se a investigação das práticas e regras que regem o dispêndio da terça parte do produto de um país como o Brasil. Qual deve ser o método predominante no ensino deste currículo? Nem a exposição doutrinária – instrumento preferido do escolasticismo predominante – nem o estudo de casos – antiga predileção das escolas de direito nos Estados Unidos – representam a melhor solução. O método tem de guardar relação estreita com a visão que anima o projeto pedagógico. Por isso mesmo, nunca pode ser mais do que uma proposta dirigida ao corpo de professores, que o adotará ou o alterará de acordo com as ideias de cada um. O método predominante que proponho é a combinação de introduções ou mapeamentos informativos e abrangentes, pelo método convencional de exposições, seguidas por discussões, com o método intensivo, de aprofundamento seletivo e analítico de temas exemplares dentro de cada matéria. A

receitas e as despesas, fundindo o Direito Tributário com o Direito Financeiro. Diz que a importância do estudo conjunto está na melhor compreensão das políticas fiscais pelos contribuintes. Como o foco seria uma reflexão ativa sobre as atitudes políticas que envolvem a tributação, Mangabeira sugere que o melhor método é aquele que correlaciona a exposição convencional de categorias de tributação com discussões e com método intensivo de aprofundamentos seletivos de temas específicos de gasto. Seria uma adaptação dos estudos científicos aos estudos jurídicos.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite ao contribuinte o questionamento de tributo com base na argumentação de que o produto de sua arrecadação tenha sido alocado a outros gastos que não aqueles que justificaram a tributação. Nesse sentido, determina o art. 4º do Código Tributário Nacional: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: [...] II - a destinação legal do produto da sua arrecadação”.

Em verdade, a ausência de direito do contribuinte ao questionamento representa uma deficiência na democratização da relação tributária, problema para o qual não se propõe uma solução no trabalho em apreço. É importante, em que pese a ausência de enfrentamento do problema, mencionar este problema.

5.2.2 A participação dos afetados e a responsividade da análise da legislação e da formação do precedente

Os anais no Congresso Nacional⁶³⁸ revelam a deficiência na representação

inovação, portanto, está neste elemento intensivo, que exige explicação mais pormenorizada. Trata-se de adaptar ao ensino do direito as práticas características do ensino mais avançado das ciências. Abandonar-se-ia o enfoque enciclopédico para ter a experiência de domínio sobre um conjunto de problemas e soluções. Por exemplo, dentro da disciplina que estudaria os contratos e o capital, há um conjunto de problemas, de grande interesse intelectual e enorme importância prática, que tem a ver com as obrigações geradas por participações individuais em fundos coletivos, como os planos de saúde ou seguro e os fundos de pensão. Ensejam problemas análogos para o direito, pouco compreendidos. E testam os limites das ideias disponíveis sobre os contratos e a propriedade”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95.

⁶³⁸ SENADO FEDERAL. Atividade legislativa Medida Provisória no. 2518-35, de 2001. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/47775/pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

da sociedade na construção da norma atinente à tributação das controladas e das coligadas no exterior. Ocorre que a ausência de dados de participação não significa que, necessariamente, essa indagação aos setores afetados não tenha ocorrido.

É que, no Brasil, a atividade de *lobby* não é regulamentada, de modo que as participações na construção dos textos normativos não são, necessariamente, registradas ou reveladas. Essa falta de anotação das contribuições faz com que a análise do processo democrático não possa ser realizada em sua totalidade⁶³⁹ pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso se dá em razão do modelo representativo brasileiro estar sedimentado em presunções de legitimidade. Este modelo está em cheque, principalmente considerando as transformações na sociedade, a multiplicação de demandas, a instabilidade e a insuficiência do Estado na solução de temas controvertidos, o que, conforme já apontado no capítulo um desse trabalho, provocou a necessidade de maior força articulada direta da sociedade nas decisões públicas⁶⁴⁰.

As formas de participação no processo legislativo são diversas, sendo pertinente a referência às consultas públicas, colegiados públicos, audiências públicas, relatórios preparados por associações e demais grupos de representação. A administração pública, por seu turno, como resposta às novas demandas, adapta sua estrutura para que possa aderir e considerar as posições setoriais a ela endereçadas⁶⁴¹.

Se no Legislativo os instrumentos jurídicos estão sendo aperfeiçoados para

⁶³⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Grupos de interesse (Lobby)**. Série Pensando o direito, n. 8/2009. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/08pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁶⁴⁰ MANSI, Viviane Regina; LORENZETTI, Maria Antonella. A importância do diálogo na construção dos espaços democráticos marcados por participação popular. In FERRAZ, Daniel Amin; GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Relações governamentais e investimentos**. Curitiba: CRV, 2017, p. 151.

⁶⁴¹ “Engajamento não se trata de manter uma gestão vertical baseada em poucas participações populares que, na maioria das vezes, têm pouco ou nenhum valor. Tem a ver com entender o cenário e as expectativas de quem está envolvido e propor espaços para diálogos que contribuam para uma gestão participativa. Mais além, é equilibrar as expectativas e a realidade, evitando um hiato entre Estado e cidadão”. MANSI, Viviane Regina; LORENZETTI, Maria Antonella. A importância do diálogo na construção dos espaços democráticos marcados por participação popular. In FERRAZ, Daniel Amin; GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Relações governamentais e investimentos**. Curitiba: CRV, 2017, p. 153.

recebimento de participações populares, o Judiciário, igualmente, aparelhou-se para receber as manifestações dos afetados por suas decisões.

Trata-se da previsão do *amicus curiae*, figura processual prevista no ordenamento jurídico desde 1976⁶⁴². O *amicus curiae* consiste na entidade ou na pessoa alheia à causa, que se dirige ao tribunal para, por provocação ou espontaneamente, apresentar contribuições para solução do processo em que participa.

Os critérios exigidos para a participação do *amicus curiae* são a pertinência de sua contribuição, a relevância da matéria e a repercussão social, e, no caso de entidade representativa de interesses, a demonstração da “representatividade qualificada”, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. Considera-se representatividade qualificada a circunstância. O STF define que esta representatividade equivale à *adequacy of representation*, na medida em que se exige o reconhecimento de que haja credenciamento institucional daqueles que atuam em nome de terceiros em prol de objetivo comum.

Essa premissa faz com que o STF, por exemplo, afaste a aceitação de empresa ou pessoa física como *amicus curiae*, visto que essa condição seria contrária à contribuição com os debates que ocorrem na Corte.

A justificação da presença do *amicus curiae* nos processos constitucionais tem assento no fato de que os afetados pela decisão podem fiscalizar o julgamento, na garantia de maior efetividade e legitimidade⁶⁴³. Além disso, os cidadãos exercem a participação não apenas no Legislativo⁶⁴⁴ por intermédio da representação parlamentar, mas, igualmente, em locais públicos nos quais reconhecem a utilidade social e o STF é um desses ambientes.

Considerando que a função do STF também inclui a complementação do sentido da lei, principalmente ao julgar recursos com repercussão geral ou ações de

⁶⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271.

⁶⁴³ CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* na legislação brasileira. In **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 113, out. 2015/jan. 2016, p. 621.

⁶⁴⁴ ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity**. New Jersey: Princeton University, 2011, p. 8.

controle concentrado, a participação dos afetados pelas suas decisões é a forma possível de realizar, previamente à decisão, debates acerca do possível impacto e da consideração dos elementos extrajurídicos pertinentes à discussão enfrentada pela Corte.

Sobre a legitimidade da sua atuação, há o argumento de que o *amicus curiae* não poderia ajudar na argumentação em prol de uma das partes, mas apenas contribuir de modo imparcial com a Corte. A figura seria próxima do *amicus curiae* americano, que contribui com as discussões para tomar partido na relação processual, no sentido de reforçar a argumentação em prol de uma das partes envolvidas na ação⁶⁴⁵. O STF já se posicionou sobre isso e chegou a esta conclusão ao não aceitar que uma pessoa jurídica (empresa) participasse do processo como *amicus curiae*: “controle normativo abstrato de constitucionalidade não permite que, em seu âmbito, se discutam situações individuais, nem se examinem interesses concretos”⁶⁴⁶

Este juízo acerca da participação do *amicus curiae* merece algumas reflexões. Primeiramente, a Corte poderia ter intimado mais setores submetidos à legislação, como o setor financeiro, o setor de serviços, que não se manifestaram. Em primeiro lugar, a intenção da entidade que pretende ingressar nos autos nesta qualidade de *amicus* será, em todo e qualquer caso, contribuir com o debate e, certamente, terá um ponto de vista a ser perseguido com a participação. Seria ingênuo pressupor que entidades representativas de interesses não tivessem posição e uma pretensão ao se manifestar em qualquer ambiente público deliberativo. É preciso reforçar que as participações no ambiente democrático são propositadas para apresentar pleitos e justificativas para esses pedidos de regulação coletiva. A posição em favor de uma das partes não pode ser impeditiva da participação no ambiente processual constitucional adotado no Supremo Tribunal Federal.

Aspecto que merece destaque é o fato de a Vale do Rio Doce não ter sido

⁶⁴⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. In **Revista de informação Legislativa**. Brasília, n. 153, jan./mar. 2002, p. 4.

⁶⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02/02/2001.

admitida como *amicus curiae*, mas suas razões, em tese, terem sido consideradas no julgamento. Se a regra do tribunal atribui mais relevo à representatividade, critério formal, do que à qualidade do argumento, o que, sim, deveria ser preponderante no debate público, não há como afirmar que esta condição seja definitiva para aceitar determinada indivíduo, pessoa jurídica ou entidade no processo constitucional.

De um lado, o ministro Barbosa, em decisão proferida no dia 04 de março de 2013, acolheu os fundamentos da petição apresentada pela União, na medida em que o pedido de admissão da Vale S.A. no feito, como assistente, seria extemporâneo. Nada obstante, os interessados não estariam impedidos de distribuir memoriais e outros materiais de estudo pertinentes à elucidação do tema em julgamento, sendo oportuna essa contribuição dogmática antes do início da sessão de julgamento.

Poucos atores atuaram no caso. Foram ouvidos os atores institucionais obrigatórios, quais sejam, o Senado Federal, a Advocacia Geral da União, Procuradoria Geral da República e a Confederação Nacional da Indústria. Seria importante tomar as opiniões e as contribuições do Ministério das Relações Exteriores e, dos representantes dos países em que há convenção modelo OCDE, e verificar a forma como os países internalizaram a orientação, bem como examinaram a referência à legislação externa.

O Supremo Tribunal Federal deveria ser mais provocativo de modo a promover a amplitude democrática. O caso examinado neste capítulo tratava da tributação de lucros no exterior e abordava, dentre os argumentos listados, o impacto dessa nova sistemática frente ao conteúdo de acordos internacionais para evitar a dupla tributação. A oitiva do país com o qual o Brasil possui acordo para evitar a dupla tributação seria medida relevante para que a Corte dimensionasse os impactos. Se o Brasil firmou acordo com outra nação para evitar a dupla tributação, e este acordo foi invocado como contrário ao que dispõe determinada medida provisória, seria relevante ouvir como o país signatário interpreta o acordo e como a sua legislação se adequa a esta norma internacional. Este procedimento não levaria, necessariamente, o STF a adotar a forma de interpretação apresentada por outro país, mas essa análise seria importante para confrontar com a forma como a legislação brasileira se constitui.

Além disso, foi mencionado no acórdão, com base na exposição de motivos endossada pelo Ministério da Fazenda, que a forma de tributação contida na MP 2.158-35/2001 seria uma forma de alinhamento com as *CFC Rules*⁶⁴⁷. Seria relevante, da mesma maneira, que fossem buscados os documentos pertinentes a este tipo de regra para exame da coerência da legislação frente a essas normas CFC.

A CNI apontou que o regime CFC tem como objetivo combater a concorrência tributária danosa e aplica regras preventivas de tributação apenas a países que têm “regime de tributação favorecida”: no entanto, a MP 2.158-35/2001 determinou a aplicação para todos os países, independentemente do regime e o STF validou a tributação para as controladas sediadas em países com tributação normal (não favorecida), afastando, com efeitos vinculantes, apenas para as coligadas.

O exame da legislação CFC foi feito pelo ministro Joaquim Barbosa, mas não aderido pelos demais porque eles não concordaram com a posição. O ponto de fundamentação e de democratização da relação entre Fisco e contribuinte não diz respeito a aderir ou não ao argumento, mas a considerá-lo na tomada de decisões em processos constitucionais.

Além dos *amici curiae*, a contribuição das entidades representativas também pode ser realizada, no âmbito do judiciário, por intermédio de audiências públicas. É um expediente processual para que entidades e pessoas com experiência e relevância argumentativa possam apresentar suas histórias e perspectivas sobre a questão posta em julgamento. Tem como propósito incrementar a atuação jurisdicional clássica, marcada precipuamente por uma intervenção isolada, que passa, agora, a ser confrontada e testada perante as perspectivas da sociedade afetada por suas decisões⁶⁴⁸. Se, de um lado, o expediente pretende a expansão e a

⁶⁴⁷ BRASIL. Exposição de Motivos 2001. “É preciso deixar claro que essa prática tem por objetivo básico evitar que haja transferência de resultados fiscais do País para o exterior com a clara intenção de não pagar o imposto no Brasil”.

⁶⁴⁸ “Uma das principais razões pelas quais as audiências públicas têm sido exponencialmente convocadas por parte do STF decorre da premissa de que, quanto mais diversificados os atores ouvidos, melhores serão as condições de proteção destes interesses, mais interativas serão as tensões democráticas e qualitativamente mais complexas as deliberações obtidas”. SOMBRA, Thiago Luis. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./abr., 2017, p. 240.

sofisticação das conclusões a que chega o STF sobre as controvérsias a ele submetidas empiricamente, de outro, é certo que a Corte ainda não é influenciada, definitivamente, pelas participações levadas a efeito nas audiências públicas⁶⁴⁹.

O argumento posto nesta tese sobre a autocontenção judicial se dá quando o STF, por exemplo, não dispõe dos elementos empíricos, extrajurídicos para a tomada de decisões, principalmente quando tais decisões necessitam de elementos para além do direito: não basta, igualmente, que a Corte cite a existência de tais dados, narrativas e dissertações, mas é imprescindível que ela esteja apta a traduzir os elementos para o direito. Esta é a crítica à referência, pelo STF, ao regime de competência do imposto de renda e à conclusão de que a forma de tributação dos lucros no exterior, porque contou com a *expertise* de contadores para demonstrar que a apuração de lucro e a sua disponibilização no balanço impactam, contabilmente, o patrimônio da controladora ou da coligada. A simples referência à disponibilização jurídica adotada pelo STF faz com que se possa ter tributação da renda com a mera previsão pelo direito, o que não pode ser verdadeiro quando há núcleo de materialidade da renda como o acréscimo patrimonial. O problema dessa afirmação não é a conclusão em si, pois se admite que, demonstrados os efeitos de “acrécimo” efetivo com a publicação do balanço, não haveria problema em se manter a norma. Ocorre que não houve a justificação com base em material apto a demonstrar a conclusão, o que representa deficiência na fundamentação e na necessidade de promover o convencimento mútuo entre os contribuintes e União.

Há um aspecto importante que por vezes se coloca sobre a possível falta de credibilidade de argumentos apresentados por grandes corporações. O fato de determinado tributo ser questionado por consultorias tributárias especializadas não faz com que os laudos devam deixar de serem considerados. Isto porque os que não têm essa assessoria continuam a pagar os tributos. Em verdade, a tarefa do tribunal resume-se em ampliar o processo de legitimação, seja com a determinação ao legislador para observar a capacidade contributiva, seja com a própria declaração de

⁶⁴⁹ “Pela grandeza e possibilidades ao alcance da figura transformadora do processo decisório, as audiências públicas podem ser melhor aproveitadas e seus resultados dialógicos implicar em maior influência no Plenário”. SOMBRA, Thiago Luis. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./abr., 2017, p. 240.

inconstitucionalidade, quando dispõe dos elementos econômicos necessários à definição dos aspectos da hipótese de incidência.

Decerto que a justiça derivada da opinião brasileira não corresponde à sua tarefa ideal de transparência, vez que as fundamentações de suas decisões são incoerentes e ficam obstadas em votos singulares. Entretanto, pode-se acessar as razões de decidir de cada magistrado e, ademais, existem mecanismos inovadores para a promoção da participação dos populares nos processos decisórios, a exemplo das audiências públicas e da proposição do *amicus curiae*. Mesmo que tais mecanismos de participação direta sejam iniciais, é por meio deles que se pode aumentar a quantidade de opiniões que influenciam a decisão final e asseguram que a votação que resulta na decisão não culmine tão somente na opinião de um pequeno grupo de cidadãos, das autoridades ou daqueles que têm acesso ao poder decisório judicial⁶⁵⁰.

5.2.3 A condução do processo pelo Supremo Tribunal Federal e a formação do precedente: o consenso, o diálogo intrainstitucional e interinstitucional

A tradição judicante está embasada em tomada de decisão a partir do seguinte raciocínio: escutam-se as partes e se elege uma das vertentes como a adequada ao que diz a lei e, no caso do STF, a Constituição. Não há preocupação do juiz com o convencimento das partes sobre a posição adotada pela Corte, tampouco são ouvidos os afetados indiretamente pela decisão, ou seja, os demais casos que receberão a compreensão do direito ali tomada.

A objetivação dos julgamentos no STF enseja a revisão dessa forma de condução do processo constitucional, já que que a decisão tomada em um caso aplicar-se-á a tantos outros com características semelhantes. É por isso que os expedientes procedimentais do *amicus curiae* e da audiência pública no Judiciário agregam tanto valor à decisão, porquanto são instrumentos pelos quais os afetados indiretamente pelo julgamento são credenciados a se manifestar, a alertar a Corte

⁶⁵⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 109.

sobre determinadas consequências, bem como requerer que determinadas circunstâncias sejam levadas em consideração pela Corte.

Além disso, e justamente por conta dessa característica de complementariedade da legislação, é que o STF precisa ajustar-se para a formação de precedente, ou seja, para complementar o sentido das normas e não apenas para escolher uma perspectiva que solucione o problema entre as partes. Esse mister enseja a reconstrução do processo decisório para que seja aberto o canal de comunicação com a sociedade, o que precisa, , do apoio de fato de tradutores das contribuições, principalmente as extrajurídicas, para fundamentação das decisões.

Diferentemente da decisão final, o STF deve, em casos nos quais seja necessária a manifestação sobre temas extrajurídicos, ser capaz de promover o consenso e resguardar as posições contramajoritárias, sem aniquilar a maioria. Promover o consenso é “um bom indicador de democracia ‘bem-sucedida’ com o passar do tempo, adquire um consenso básico, ao passo que a falta ou perda do consenso básico é prova dos erros e deficiências da democracia”⁶⁵¹.

Em questões tributárias, a função do STF, além de preservar as garantias retratadas em regras, como a prevalência da anterioridade ou da irretroatividade, é promover a reflexão sobre a capacidade contributiva, a igualdade de tratamento aos contribuintes e a proporcionalidade na divisão dos custos sociais por meio dos tributos, bem como sobre o procedimento legiferante e a legalidade tributária, em suas acepções formal e substancial. Para isso, a Corte deve assumir função de deferência ao ambiente de produção normativa, seja o Legislativo como o Executivo, à sua própria jurisprudência e às manifestações da sociedade, organizada ou não. A decisão do STF será definitiva para o Judiciário e para a administração pública, por isso, deve preocupar-se com a sua repercussão e com o fortalecimento das instituições e da confiança. É uma decisão que deve ser tomada coletivamente, não de forma autocentrada.

O julgamento levado a efeito pelo STF quando apreciou a constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória n. 2158-35, bem como do artigo 43 do CTN

⁶⁵¹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987, p. 129.

chegou à conclusão de que ocorreu apenas a antecipação do momento de incidência do imposto de renda para aquele imediatamente posterior ao balanço fiscal, o que se inseriria em forma de apuração de lucro dentro do regime de competência. Fatos relevantes como a preocupação internacional com o combate à evasão e à elisão fiscais internacionais, a equivalência patrimonial e o regime de competência foram invocados como razões suficientes para a nova legislação e a sua constitucionalidade.

Como exposto na aplicação de direitos fundantes da relação tributária, a Corte mostrou preocupação em resgatar a legislação acerca da tributação no exterior e o fez por meio de referência à lei de que rege a incidência do imposto de renda nas sucursais e filiais no exterior, bem como às razões apresentadas pela Presidência da República para fundamentar a nova forma de exigir os tributos sobre os lucros apurados no exterior pelas controladas e e coligadas.

No entanto, houve deficiência de fundamentação da Corte quando deixou de levar em conta sua própria jurisprudência, pois, apesar de sempre ter reconhecido o conceito constitucional de renda, passou a entender que a definição deste termo jurídico poderia ser realizada pela lei. Não foram igualmente, levantados os sentidos que os organismos internacionais apresentam sobre os acordos para evitar a dupla tributação, apesar de ter sido feita a referência às diretrizes das *CFC Rules*.

Aspecto também ignorado pelo STF, ou, ao menos, pouco densificado pela decisão majoritária foi o dos conceitos de elisão e de evasão fiscal, utilizados como sinônimos pelo órgão julgador, quando, na verdade, constituem categorias diferentes⁶⁵² e, conseqüentemente, devem ser reguladas a partir de suas peculiaridades.

Outra questão central para o debate levado a efeito no STF foi o relacionado

⁶⁵² Os conceitos são distintos e há diversos meios pelos quais se enquadra em um ou outro, além da diversidade dos graus. Apenas para elucidar: “a ilicitude da conduta é o principal critério distintivo entre a evasão e elisão. Mas podemos afirmar que existem graus de ilicitude. A ilicitude meramente administrativa, como a desobediência quanto ao prazo fixado na lei ou no lançamento para o adimplemento da prestação tributária, que conduz a uma penalidade pecuniária, punitiva, e a ilicitude penal, geralmente relacionada à prática de fraude, mais grave portanto, como a adulteração de dados contábeis para a finalidade de obter a redução de base de cálculo de tributo e que gera como consequência a perseguição e a punição de natureza criminal”. MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

aos regimes de “competência e caixa”. Para o STF, a tributação das pessoas jurídicas no exterior é diferente, uma vez que o registro dos lucros auferidos fora do país por empresas investidas passaram a ser registrados imediatamente como lucro. Ocorre que esta assertiva traz implicação: admitir-se, por exemplo, que qualquer formatação jurídica seja aceita como lucro tributável, como se se pudesse considerar em acréscimo patrimonial, núcleo da materialidade da renda, qualquer situação. Essa afirmação do STF representa a impossibilidade de questionamento dos termos legais pelo judiciário; na verdade, sequer pelo legislador, mas apenas pelo executivo, já que a medida provisória não foi convolada em lei, na medida em que editada quando eram permitidas sucessivas reedições do texto para a produção dos efeitos do referido diploma normativo.

O STF deveria ter enfrentado as formas de tributação. Por mais que os métodos de apuração do lucro tributável sejam diferentes para apuração da renda de pessoas físicas e jurídicas, a materialidade de ambas continua a ser a mesma, qual seja, o acréscimo patrimonial, e essa máxima foi desconsiderada pela Corte. Pode-se dizer que o enfrentamento da capacidade contributiva e da legalidade substancial foi feito de forma superficial e errada, porquanto nenhum estudo de impacto foi examinado, sequer solicitado, tampouco foram levantadas as contribuições representativas quanto ao tema (até mesmo porque a nova forma de tributação foi veiculada por medida provisória sucessivamente reeditada).

A democracia deve permitir que os indivíduos questionem a ação pública em sua completude: essa premissa é quebrada no direito brasileiro, quando não se permite ao contribuinte o questionamento da forma de construção da lei, e dos estudos que permitem a adequação de uma regra à capacidade contributiva e à igualdade. Ao STF é dada e esperada a função de tensionar os demais poderes ao atendimento dessas balizas fundamentais da relação jurídica.

Outra questão de relevo com a qual a Corte Suprema deve preocupar-se é a formação de precedente e a orientação para casos futuros em matéria por ela decidida. No caso examinado neste trabalho, os votos dos ministros foram bastante distintos entre si e a Corte teve de adotar a metodologia *narrowest ground*. O Supremo Tribunal Federal deve preocupar-se com o convencimento das partes e dos afetados indiretamente acerca do conteúdo de sua decisão.

Os precedentes passam a ser dotados de força vinculante quando produzidos no espectro da repercussão geral. A observância do precedente como obrigação gerou, ao mesmo tempo, questionamento acerca da possibilidade de essa orientação tornar-se obsoleta e impedir a complementação e o aprimoramento do direito de acordo com os fatos e valores contemporâneos⁶⁵³. Para essas circunstâncias, são parte do reconhecimento da força vinculante do precedente os expedientes da superação e distinção do caso em relação ao precedente paradigma.

Os julgamentos do Supremo devem colher as contribuições sobre o tema enfrentado, e os fundamentos devem ser densos. Quando uma corte seccionada julga, e nenhuma singular racionalidade explique a conclusão conforme o assento de cinco ministros, a regra de decisão da corte pode ser tida como aquele raciocínio adotado pelos membros que anuíram no julgamento acerca das razões mais restritas (*narrowest grounds*)⁶⁵⁴.

As posições dos ministros foram divergentes e não há *ratio decidendi* clara extraída. É que o fundamento da constitucionalidade da tributação para as controladas que estejam em paraísos fiscais foi lançado apenas por um ministro, mas estendido a todos os demais. O critério da falta de poder de decisão para a antecipação da cobrança do tributo foi lançado pela ministra Ellen Gracie. Isso significa que não há razão de decidir uniforme que possa representar a orientação da Corte sobre a matéria. Ausente a necessária e imprescindível fundamentação das decisões.

Outro aspecto que merece destaque é o tempo que a Suprema Corte levou para a conclusão do assunto. Em verdade, a ação direta de inconstitucionalidade foi proposta logo após a entrada em vigor da norma questionada, ou seja, em 2001. O julgamento, no entanto, foi concluído após 12 (doze) anos. Se, de um lado, é sabido que as questões jurídicas demandam tempo para exame dos seus impactos, principalmente considerando os estudos necessários para as conclusões, de outro lado a demora fez com que não houvesse orientação específica para a tributação,

⁶⁵³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41.

⁶⁵⁴ PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa – cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitorada. In **Civil Procedure Review**, Munchen, v. 5, n. 2, mai/ago, 2014, p. 93-95.

bem como pelo fato de haver decisões divergentes considerando as diversas ações individuais ajuizadas em todo o Brasil.

Se a demora no julgamento resulta da dificuldade de se enfrentar determinado assunto, porquanto dados e informações são necessários para a tomada de decisão, é contraditório afirmar que a urgência no tratamento da matéria com determinada forma de tributação da renda das controladas e coligadas seja suficiente para a produção de seus efeitos. Se o fundamento da tributação é a urgência, isso não autoriza a produção de efeitos uma vez que as consequências da nova regra não foram dimensionadas. Se a Constituição Federal exige a demonstração da capacidade contributiva e da igualdade nas novas regras relativas a tributos e, por outro lado, a divulgação dos dados necessários e a disposição dos conceitos conduzem a uma decisão após doze anos da propositura da ação, a produção dos efeitos da medida provisória parecem atentar contra os postulados substanciais da Constituição, e o STF chancelou essa prática ao manter a constitucionalidade, da forma como fez, no caso examinado.

CONCLUSÃO

A base democrática somente se realiza em ambiente político-jurídico de reconhecimento de direitos, de liberdade, de garantias e de igualdade entre os indivíduos para a sua efetiva participação na arena deliberativa. A representação é uma das formas de exercício democrático, que atualmente precisa ser complementada e confirmada por meio da constante participação direta dos afetados pela decisão jurídica a qual deve ser questionada frente às manifestações e aos pleitos formulados pelos grupos.

O recebimento desses pleitos e das contribuições dos indivíduos, bem como a condução do debate na arena pública para a formação do consenso devem ser realizados pelos representantes cuja atribuição seja a tomada da decisão.

A participação do indivíduo e o dever das autoridades de responderem às demandas da sociedade geram, certamente, inevitáveis conflitos e divergências de opinião. A homogeneidade de valores entre os membros de uma sociedade é o elemento de base na formação democrática, seja com relação aos valores elementares, mas, principalmente, quanto às regras do jogo para discordar e o respeito mútuo entre os indivíduos e grupos, independentemente do conteúdo das opiniões. A proteção da minoria, nesse contexto, é pressuposto relevante que marca a democracia e reconhece a igualdade entre os indivíduos e realiza-se a partir da formação do consenso e da acomodação dos interesses dissidentes.

A escolha por tratar de democracia como pano de fundo deste trabalho se justifica porque o Supremo Tribunal Federal possui relevante papel em sua concretização e é o fórum em que se decide sobre os temas controvertidos de envergadura constitucional em última instância. Logo, se o STF é a instância que recebe as controvérsias (dissensos) mais importantes do país, foi a Corte eleita para examinar e propor formas de condução das deliberações para contribuir para a democratização da relação tributária.

Para discorrer sobre o Supremo Tribunal Federal, decidiu-se expor o que é a Corte, quais as suas competências e quais os debates atuais a respeito de seu papel no sistema jurídico-tributário brasileiro. De fato, a Corte assume protagonismo diante de assuntos fundamentais para a sociedade brasileira, embora nem sempre

as decisões adotadas possam ser classificadas como as mais desejáveis, do ponto de vista das exigências fundamentais da democracia política.

A descrição da função do STF no Brasil foi iniciada com a apresentação da separação de poderes e das razões contextuais que explicam o protagonismo da Corte.

O STF exerce a jurisdição constitucional, consistente na tarefa de garantir e proteger o núcleo político jurisdicionado. O parâmetro e a forma de apreciar os conflitos geram percepções e reflexões diferentes, especificamente sobre a extensão do controle, para saber se este alcança apenas a literalidade das normas constitucionais ou se alberga igualmente normas programáticas e princípios jurídicos, bem como os de ordem moral. O exame da questão perpassa pela distinção entre controle de legalidade e controle de constitucionalidade, vista como direito, dotado de juridicidade, não mera expressão escrita da Carta Magna.

Além da função de concretizar a Constituição, está presente o perturbador fato do descrédito nas instituições democráticas (as legislativas, sobretudo, mas não somente). O Brasil encontra-se medianamente satisfatório no que tange ao grau de satisfação da sociedade com as instituições democráticas. De acordo com o cientista político José Álvaro Moisés, citado no trabalho, há desconfiança nas instituições, principalmente as da esfera legislativa. Isso significa que os brasileiros atribuem às instituições constituídas por investiduras eletivas a função mediadora de permitir aos cidadãos a possibilidade de discutir e realizar seus anseios e interesses e que tais instituições atendem medianamente (percentual de até 58% segundo os critérios utilizados no estudo) às referidas pretensões.

O STF, então, torna-se a instância que pode se lançar no debate político para concretizar as demandas sociais, cujos objetivos e pretensões estão constitucionalizados, mas não foram mediatizados na instância legislativa, ocorrendo, portanto, um déficit de provisão normativa, quando se aceita que a evolução dos direitos se dá por meio da inovação de regras e não por meio da evolução judicial.

Ocorre que esta postura do STF é questionada sob alguns vieses. O primeiro deles diz com a falta de representatividade política dos seus ministros para

deliberarem sobre temas eminentemente extrajurídicos ou, ainda que jurisdicizados, que dialoguem com outras áreas do conhecimento e necessitem do acoplamento ao direito por meio de deliberação democrática para se tornarem regras jurídicas. O segundo se refere ao fato de que não há certeza de que os ministros teriam melhor moral ou juridicamente superior à percepção do legislador.

Além disso, descolar o julgador da lei pode ter o mesmo efeito deletério para a democracia que tem o afastamento do legislador, quando este não atende às demandas sociais, como ocorre quando, pela falta de legitimidade da medida legislada, esta acolhe uma posição que anula as demais alternativas possíveis, ou seja, em detrimento das demais.

É verdade que a busca apenas da lei para a solução de controvérsias parte do pressuposto, sempre questionável, da presunção de legitimidade democrática da legislação e, por isso, deixa-se de contestar a lei ou analisá-las pelo olhar democrático. As duas formas de agir, juízes ativistas ao extremo, com decisões sobre temas morais sem o amparo dos grupos divergentes, e autorestritivos que não promovem o exame da responsividade da norma questionada têm pontos negativos: o julgador que se descola da lei e se aventura a dizer o que entende melhor ou mais adequado, pela perspectiva ética ou moral mais justa, dissocia-se do Estado de Direito (por mais que a sua justificativa possa ser a busca pela justiça, o teste de ajuste dessa escolha carecerá de meios para ser viabilizado); por outro lado, aquele que se vale única e exclusivamente da lei para proferir as suas decisões restringe-se a apenas um dos enunciados normativos possíveis e deixa de exercer o papel democrático de constante exame da adequação da regra ao que se espera em termos de norma.

Outro meio que permite o ativismo é jurisdicizar todos os princípios, até mesmo os morais. Nesse passo, a vertente normativista atribuiu ao princípio o valor de norma. De fato, os princípios conglomeram os fatores lógicos do ordenamento, entretanto a lógica acarreta conhecimento, enquanto os princípios se referem a juízos estimativos que se prestam a regular condutas. Quando consistem em normas, os princípios têm um arquétipo deontológico e estabelecem juízos de dever ser. A cláusula geral é aquela que autoriza o magistrado, em um caso concreto, a recepcionar diversas interpretações da regra de conduta. O gigantesco lapso que se

abre para o intérprete com uma lei ambígua e uma definição aberta acarreta o que descrevemos como “materialização” dos critérios de justiça. Já não se opera uma lei com uma base fática concreta (justiça formal), senão que se deve valorar, e para tanto, são usados critérios extrajurídicos: axiomas, subjetividade, noções de outras ciências.

Sob a óptica da lógica jurídica, o julgador que fundamenta a sua decisão judicial unicamente em princípios morais confere supremacia ao contexto da questão, em detrimento do que é expresso pela norma. Neste caso, o procedimento comumente seguido pelos julgadores consiste em subsumir um fato, ao arquétipo axiológico de decisão previamente adotado. Isso é cabível somente em um sistema de direito aberto, no qual os julgadores estejam aptos a interpretar os contextos complexos e conflituosos em sentidos diversos, ou seja, apreendendo todos os aspectos do litígio e não apenas aqueles que tiveram expressão na regra jurídica, seja ela legal, seja jurisprudencial.

O STF, no entanto, não tem esta função livre e deve subordinar-se à Constituição e ao sentido que o povo, constante e democraticamente, atribui aos seus termos.

Assim, como proposta de atividade judicante para o STF, a fim de implementar a construção do ambiente democrático pela via judicial, foram apresentadas algumas diretrizes. O STF, quando diante de controvérsias com caráter extrajurídico, seja este caráter total ou parcial, deve, sim, atribuir exegese expansiva e inovadora às normas e aos direitos descritos no texto constitucional e questionar, sim, o texto normativo inquinado de inconstitucionalidade, à luz dos princípios morais, e não se fidelizar a uma visão originalista tardia, que tem o efeito de tornar a Constituição obsoleta.

Ao assim proceder, o STF deve ser capaz de colher as perspectivas formadas nos demais poderes sobre o assunto controvertido, bem como a própria jurisprudência, mas esta é só a primeira etapa ou fase hermenêutica. É a chamada deferência interinstitucional e intrainstitucional, bem como o julgamento coerente e consistente oficial.

As premissas utilizadas na decisão devem ser coerentes e, na hipótese de derrotar uma determinada perspectiva anterior, o julgador atrai o ônus de demonstrar a fundamentação exaustiva tanto quanto possível, com base em manifestações e perspectivas divergentes, de ordem moral ou mesmo jurídica, para acomodá-las no sistema. Esse processo pode resultar em declaração de inconstitucionalidade da norma, porque incompatível com o sentido substancial do termo constitucional construído pelo STF a partir da atribuição de consistência semântica, por meio da demonstração argumentativa e deferente feita pelo STF; pode, por outro lado, resultar na manutenção da constitucionalidade da norma, também feita com a mesma consistência e demonstração de sentido às premissas; outra forma, ainda possível, é a detecção de lacuna democrática na norma e, por falta de dados e elementos para constatar a sua responsividade, o STF devolve ao legislador a tarefa de elaborar democraticamente a norma, suspendendo a eficácia daquela anterior até que suprida a aludida deficiência. Esta solução é diferente da que o STF já realiza, no que tange à eficácia prospectiva da decisão quando há preservação dos efeitos da norma questionada, por exemplo.

A inexorável interferência do Supremo Tribunal Federal nas decisões dos outros poderes pode ser colocada como falta de deferência legal ou epistêmica, tomando-lhes seus espaços de atuação. Este ponto merece destaque e é foco de discussão no presente texto, mas a dimensão de direitos diz que o Supremo Tribunal Federal funciona como espaço público apto a permitir o caminhar de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social diante dos poderes públicos, diminuindo os limites de atuação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado ou, também, interferindo em ações de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas que não são realizadas nos outros ambientes.

A necessidade de participação da sociedade no julgamento levado a efeito no STF decorre justamente do dever de promoção da democracia e no papel de continuidade deste dever também pela Corte. Abrir a participação e o debate influencia o comportamento, como consequência, dos magistrados partícipes, uma vez que se veem instados a responder às expectativas criadas pela maior participação dos grupos de interesse e pela consequente influência no debate. O magistrado, então, deixa de ser um ouvinte que decide calma e friamente e passa a

ser alguém que expõe e testa seus argumentos para a criação da decisão do colegiado a partir da contribuição da sociedade aos seus julgados.

No texto “Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro”⁶⁵⁵, o Ministro Roberto Barroso discute o número elevado de questões tributárias enfrentadas pela Corte. Contemporaneamente, é possível que se tenha chegado ao momento de adequar a quantidade de recursos e expedientes processuais à capacidade de julgamento da Corte. No entanto, o excesso de questionamentos de leis tributárias representa a falta de deliberação em ambiente democrático para que a sociedade apresente suas contestações às regras tributárias que geralmente advêm do Poder Executivo e essa lacuna não pode ser ignorada pelo STF, ao contrário, deve ser enfrentada e corrigida.

Passou-se, então, à análise do conjunto de regras e princípios constitucionais tributários relevantes e que devem ser base para o questionamento pelo STF das leis tributárias. Antes de adentrar na análise de tais princípios, definiu-se que o ideal de justiça tributária adotado é o que congrega, de um lado, o tributo como elemento essencial e imprescindível ao suporte financeiro dos deveres assumidos pelo Estado para concretização de direitos sociais e redução das desigualdades e, de outro lado, com igual força, o conjunto de direitos e de garantias que resguardam o indivíduo contra o exercício demasiado ou excessivo do poder de tributar do Estado. Uma vertente não é mais importante do que a outra e não se admite o sacrifício de nenhuma delas em detrimento da outra.

Por sua vez, os princípios constitucionais tributários são os dispositivos que obstam o livre exercício do poder de tributar do Fisco e consistem em limitações ao Fisco, sendo de natureza formal ou substancial. Por mais relevantes que sejam, optou-se por não tratar das garantias procedimentais neste trabalho (por exemplo, o “princípio” da anterioridade tributária). É que o STF tem tradição profunda e mais perceptível em lidar com limitações procedimentais, cujo texto inicia-se com um “não” (não é possível cobrar aumento de tributo no mesmo ano de edição da lei; não é permitido cobrar sobre o que já aconteceu; não se pode cobrar anteriormente a

⁶⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto; BARBOSA, Marcos Vinícius Cardoso. Direito tributário e o Supremo Tribunal Federal: presente, passado e futuro. In **Publicações acadêmicas**, Brasília, v. 27, n. 1, 2016.

alguma data, etc.). A utilidade desses princípios e regras procedimentais é incontestável, vez que possibilitam organizar o debate sob o prisma formal e sob a hierarquia das normas tributárias. Mas é insuficiente, pois a realidade jurídica e o fenômeno tributário não se resumem a estes critérios. O dever fundamental de pagar impostos, por mais que seja indispensável à organização e manutenção do Estado, é mitigado pelas diversas limitações tributárias substanciais e formais que constam da Constituição Federal. Por outro lado, os direitos fundamentais também não são absolutos e podem ser relativizados em prol do interesse da arrecadação, desde que resguardada a aplicabilidade mínima de cada uma delas (teoria do limite dos limites).

Por essa razão, optou-se por apresentar as limitações denominadas de substanciais, consistentes na capacidade contributiva, na igualdade de tratamento e na proibição de critério discriminatório na escolha dos contribuintes e na legalidade, considerada não apenas na exigência formal de lei para instituição tributária, mas também na tipicidade e na segurança jurídica que esta lei promove.

A capacidade contributiva costuma ser associada apenas à exigência de um determinado tributo em relação ao patrimônio e à renda do contribuinte; outra forma de se reconhecer a capacidade contributiva é a possibilidade econômica de determinado contribuinte arcar com o ônus tributário. A sua aplicação não leva em conta, com base nessas duas incompletas conceituações, a incidência de outros tributos sobre a operação ou a situação jurídica, tampouco a correspondência com a materialidade dos tributos, descritas integralmente na lei. Neste trabalho, defendeu-se que a capacidade contributiva deve reunir todos esses aspectos. E se não o fizer, a lei que institui o tributo ou o majora deve ser confrontada pelo STF.

A igualdade tributária compreende a isonomia na repartição do custo tributário entre os contribuintes. Subdivide-se em igualdade vertical e igualdade horizontal: enquanto que a vertical exige do ordenamento que seja estabelecida de forma a preservar as parcelas do rendimento dos contribuintes, a igualdade horizontal exige tratamento similar aos contribuintes que se encontrem na mesma situação jurídica. O STF pode alterar a regra geral quando os elementos distintivos dos casos concretos são suficientes para o tratamento mais equitativo e alinhado com a capacidade contributiva dos afetados pela regra analisada.

A legalidade em matéria tributária tem como razão de ser a conjugação de dois fatores históricos e culturais essenciais: confiança ideológica nos representantes do povo, pelo que se exige a lei ordinária, resultante do processo genuíno do Poder Legislativo formal de introdução de regras no ordenamento jurídico, para a instituição ou a majoração de tributos e segurança quanto ao modo, ao tempo e à quantia exata de tributos a ser levada aos cofres públicos, razão pela qual é exigido que a própria lei defina os aspectos da hipótese de incidência tributária. O papel do STF quanto à legalidade vai além da análise do veículo formal utilizado para a introdução de determinada regra no ordenamento jurídico: deve se preocupar com os aspectos substanciais e qualitativos do processo legislativo, principalmente se há demonstrativo da observância da capacidade contributiva e da igualdade naquela esfera. Se não foi feito esse estudo de adequação, não há que se falar em constitucionalidade democrática da lei analisada.

A seguir, analisou-se o processamento dos expedientes que serviram de base para o julgamento da controvérsia acerca da constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e do art. 43, § 2º, do CTN.

A análise feita dos argumentos e dos fundamentos da decisão revela algumas deficiências democráticas e de consistência e de coerência perpetradas pelo STF na condução processual e na decisão tomada. A primeira delas refere-se à própria conceituação a partir da qual se toma a decisão: a materialidade da “renda” em relação com capacidade contributiva. A fixação da premissa de que a Constituição não teria um conceito constitucional de renda ou de qualquer outra materialidade conflita com a própria ideia de fundamento de validade da repartição de competência e da capacidade contributiva, além de destoar da própria jurisprudência da Corte, que, sim, sempre afirmou a existência de conceito constitucional de renda como aumento patrimonial empírico.

Outra deficiência detectada no julgamento analisado diz respeito à consistência no que tange à aplicação de escrituração contábil da renda para a pessoa jurídica (regime de competência): apesar de a regra analisada ter íntima relação com as ciências contábeis, a maioria dos ministros fez referência superficial ao modo de tributação das filiais e do próprio Método de Equivalência Patrimonial

para decidir e manter a constitucionalidade da regra questionada, além do fato de ter havido confusão semântica entre “elisão fiscal” e “evasão fiscal”.

A participação de terceiros no debate também deixou a desejar em termos de promoção e democratização do julgado: diversos atores que poderiam contribuir com a discussão não foram ouvidos, como, por exemplo, os próprios Estados com os quais o Brasil assinou acordo para evitar a dupla tributação, além de *experts* contábeis, que poderiam esclarecer como é o procedimento formal de escrituração de lucros de controladas e coligadas, bem como demonstrar o seu reflexo no patrimônio das controladoras e coligadas. Não se aprofundou a questão a respeito do uso de medidas provisórias, não convertidas em lei (porque não se exigia à época da edição), para disciplinar matéria tributária do ponto de vista substancial e deliberativo, as quais não tiveram o espaço para a apresentação de argumentos contrários ao propósito contido na aludida medida provisória (não houve a possibilidade do confronto das perspectivas em nível mais denso, o que também não foi suprido pela participação de *amici curiae* no STF, já que poucos atuaram nesta condição nos *leading cases*).

Por fim, a decisão foi tomada pela soma dos votos da maioria, sendo que as razões que embasaram os votos foram diversas, o que, do mesmo modo, faz com que a decisão tomada não reflita um posicionamento amadurecido e consistente da Corte sobre o tema.

Se, de um lado, o STF deve cuidar ao tomar decisões sobre questões extrajurídicas, sejam elas autônomas ou apenas importantes em seus julgamentos, por outro lado, a Corte não pode se esquivar de aplicar e concretizar a Constituição. Em discussões tributárias, há um número elevado de demandas, o que tem relação com a constante edição de atos normativos que não contam com a amplitude democrática antecedente (no legislativo) para a formação do consenso (uso de medidas provisórias, por exemplo, para tutelar matéria tributária não é procedimento que promova a ampla participação democrática, justamente pelo exíguo prazo de vigência). O STF, para implementar a democratização da relação jurídico-tributária, deve provocar o questionamento das leis a ele submetidas à luz da aplicabilidade e da observância do núcleo substancial das garantias tributárias (capacidade contributiva, igualdade e legalidade), bem como contar com a participação da

sociedade, atribuindo mais relevo ao conteúdo das contribuições do que à representatividade formal de quem participa do julgamento. Nos casos em que a Corte não é provocada, ela deve impulsionar e questionar os que possam contribuir com a discussão jurídica, não sendo inerte. Deve ser profundamente consistente e, por isso, levantar todas as posições a favor e contrárias ao objeto do litígio.

Tem-se, assim, uma Corte que colabora com a democracia e, não sendo possível este juízo, a Corte deve ter a prerrogativa e a coragem de reconhecer a inconstitucionalidade pela falta de deliberação demonstrativa da adequação da regra tributária em discussão à capacidade contributiva, o que só ocorre com os estudos de impacto, bem como da igualdade, o que, do mesmo modo, necessita de demonstração empírica.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The new separation of power*. In **Harvard Law Review**, Boston, n. 3, v. 113, 2000. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ACKERMAN, Bruce. **Taxation and the Constitution**, 1999. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/127/>. Acesso em: 20 mai. 2017.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

ALEXY, Robert. **O argumento da injustiça**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley Paulson. Londres: Oxford, 2002.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**. Tese de Doutorado na Universidade de São Paulo. 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. In **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.ht>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Medida provisória: edição e conversão em lei. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144-ss.

_____. O poder legislativo na democracia contemporânea. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 168, out./dez., 2005.

APPY, Bernard; MESSIAS, Lorraine. Litigiosidade tributária no Brasil. In **Estadão de São Paulo**. Disponível em: <<http://goo.gl/GmUbLa>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In AVELAR, Lúcio; CINTRA, Antonio Octavio (org.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

ATALIBA, Geraldo. **A hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005.

_____. Limitações constitucionais ao poder de tributar. In **Revista de Direito Tributário**, n. 62. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. Limites à tributação com base na solidariedade social. In GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra de (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, a. 1, v. 1, jun. 2001.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Disponível: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso: 30 mar. 2017.

_____. Notas sobre o novo regime jurídico do ágio. *In* MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). 5. v. São Paulo: Dialética, 2014.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel (atual). **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *In* **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun., 2011.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In* **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan., 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; BARBOSA, Marcus Vinícius Cardoso. **Direito tributário e o Supremo Tribunal Federal**: passado, presente e futuro. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/4045>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *In* **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, jul./set., 2016.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA JR., Onofre Alves. **O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosara Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varrialle. V. 2., 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- _____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1986.
- _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOCHENECK, Antonio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CNJ, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social**: a armadilha dos conceitos. Disponível em:
<[http://www.academia.edu/8038311/Seguridade Social a Armadilha dos Conceitos](http://www.academia.edu/8038311/Seguridade_Social_a_Armadilha_dos_Conceitos)>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *In* **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, jan./jun., 2004.
- BRASIL. Receita Federal. **Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária**. Disponível em:
<<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- _____. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* na legislação brasileira. *In* **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 113, out. 2015/jan., 2016.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação.** Disponível em: <<http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade tributária e decisão judicial: desmistificando o modelo civil law e recolocando o papel da jurisprudência para regulação de condutas no direito tributário brasileiro.** Tese apresentada para obtenção do título de Doutora em Direito pela PUC-SP. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO JR., José Celso. Fundamentos sociais das economias pós-industriais: uma resenha crítica de Esping-Andersen. *In* **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais BIB.** São Paulo, n. 56, 2003. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/artigo/ixcongresso51.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *In* **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

CASTRO, Jorge Abrahão de. et al. Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005. *In* **IPEA.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1324.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

CASTRO, Marcus Faro. A administração da justiça e os reflexos na economia. *In* **Revista CEJ,** Brasília, n. 17, abr./jun., 2002. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/459/640>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **A análise jurídica da política econômica.** Disponível em: <http://www.academia.edu/19155658/An%C3%A1lise_Jur%C3%ADdica_da_Pol%C3%ADtica_Econ%C3%B4mica>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Direito, tributação e economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica.** Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/007.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

_____. **Política e relações internacionais.** Brasília: Editora UnB, 2005, p. 65.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A justiça platônica a partir de Kelsen perante o tribunal da ciência. *In* LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça: análise de teorias**

contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COLLET, Martin. **Droit fiscale**. 6. ed. Paris: Themis, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Departamento de Pesquisas Judiciárias**. Justiça em números 2016, ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2012.

DAHL, Robert. *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. In **Journal of Public Law**. Yale, n. 6, 1957.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. **Poliarchy**: Participation and Opposition. New Haven: Yale University, 1971.

_____. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações**. São Paulo: RT, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. In **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.1, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

_____; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

DOMINGUES, José Marcos. O princípio da capacidade contributiva, o acesso à justiça e outros desafios à Jurisprudência do Supremo Tribunal. Estudo de Caso: o Imposto sobre Serviços, a Locação de coisas e o afretamento de embarcações. In GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (org.). **Sistema constitucional tributário**: dos fundamentos teóricos aos *hard cases* tributários. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarilís de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DRAIBE, Sonia. O *welfare state* no Brasil, características e perspectivas. In **Revista da ANPOCS**, São Paulo, n. 12, 1988.

_____; HENRIQUE, Wilnês. **Welfare state, crise e gestão da crise**: um balanço da

literatura internacional. Disponível em:
<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUTRA, Micaela Domingues. **A capacidade contributiva**: análise à luz dos direitos humanos e fundamentais. Brasília: Instituto de Direito Público. Mestrado em Direito Constitucional, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. In **Lua Nova**, n. 24, set., 1991.

FARIAS, Ricardo Bispo. O dever fundamental de pagar tributos e a teoria do limite dos limites aos direitos fundamentais. In VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; MEIRA, Liziane Angelotti; BORGES, Antônio de Moura (org.). **Direito tributário constitucional**: temas atuais relevantes. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015.

FERNANDEZ, Victor Ramiro. **Estrategias de desarrollo y transformación estatal: buscando al Estado bajo el capitalismo global**. Santa Fe: Centro de Publicaciones UNL, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva**: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, a. 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

FIORI, José Luís. **Estado do bem-estar social**: padrões e crises. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FLEURY, Sonia. **Estado sem cidadãos**: seguridade social na América Latina. São Paulo: Fio Cruz, 1992.

FRANCO, Livia. **Pensando a democracia com Tocqueville**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais**: o caso do leasing. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. *In Revista de Processo*, v.181, n. 9, mar., 2010, São Paulo.

_____. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no Sistema Constitucional Tributário brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. 2014.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIUBONNI, Stefano. **Social rights and market freedom in the European Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: edição do autor, 2015.

GORDON, Michelle. **The commonwealth's taxing power and its limits: are we there yet**, 2002. Disponível em: <http://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0013/1700122/36_3_7.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro. *In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.)*. **Fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. *In FISCHER, Octavio Campos (org.)*. **Tributos e direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e

aplicação. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., v. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARET, Florence Cronemberger. **Presunções no direito tributário**: teoria e prática. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2010.

HOLLAND, Kenneth. **Judicial activism in comparative perspective**. London: Palgrave Macmillan UK, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999.

KAPISZEWSKI, Diana. *Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in transition*. In HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (ed). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado constitucional. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin.

LACAMBRA, Luis Legaz. *Legalidad y legitimidad*. In **Revista de estudios políticos**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 1, 1958.

LAFER, Celso. Prefácio de RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAUTH, Hans-Joachim. Critérios básicos para a democracia: é a responsividade parte de seu círculo íntimo? In **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan./abr., 2013.

LIJPHARTM, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Thalita Moraes. O direito à saúde revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. In **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 202, abr./jun. 2014.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Justiça como equidade: a contribuição de Rawls. In LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça**: análise de teorias contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da “reserva do possível”. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Judiciário, democracia, políticas. *In* **Revista de Informação Legislativa**. A. 31, n. 122, mai./jul. Brasília: Senado Federal, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOEWSSENSTEIN, Karl. **Teoria da Constituição**. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LUIZ NETO, Carlos. Obrigatoriedade do Advogado-geral da União atuar na defesa do ato ou texto impugnado por ação direta de inconstitucionalidade. *In* **Revista da AGU**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/525852>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *In* **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 153, jan./mar. 2002.

MANSI, Viviane Regina; LORENZETTI, Maria Antonella. A importância do diálogo na construção dos espaços democráticos marcados por participação popular. *In* FERRAZ, Daniel Amin; GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Relações governamentais e investimentos**. Curitiba: CRV, 2017.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. *In* RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em 26 mar. 2017.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro. Gasto público e desigualdade de renda no Brasil. *In* **IPEA**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18638>. Acesso em: 20 out. 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. São Paulo: Editorial Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Lucas. **Liberdade e bens primários**: uma investigação da teoria de John

Rawls a partir do liberalismo clássico. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2009.

MESSIAS, Lorreine. Contencioso Tributário brasileiro é muito superior ao dos EUA. *In Estadão de São Paulo*. Disponível em: <<http://goo.gl/uhJxSQ>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Grupos de interesse (Lobby)**. Série Pensando o direito, n. 8/2009. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/08pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *In* MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e confiança**: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010.

MOSQUEIRA, Roberto Queiroga. **Renda e Proventos de qualquer natureza**: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado: Universidade de Brasília, 2013.

MUNIZ, Amanda Almeida. **Os tratados internacionais para evitar a bitributação e as regras CFC no Brasil e nos EUA**: um estudo comparado. Trabalho de conclusão de Pós-graduação apresentado na Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2016.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *In* **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 199, set., 2011.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado**: teoria com intenção comparativa. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi**. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento fiscal: elisão e evasão fiscal. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Rodrigo Führ de. **O contraditório e a motivação no processo civil**: do cognitivismo da persuasão à vinculação. Monografia de conclusão de curso apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2013, p. 25-26.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The welfare state in crisis**. Paris: OECD, 1981. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/The_welfare_state_in_crisis.html?id=PDS6AAAAIAAJ&redir_esc=y>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa – cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. In **Civil Procedure Review**, Munchen, v. 5, n. 2, mai/ago, 2014.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição constitucional tributária**: reflexos nos processos administrativo e judicial. São Paulo: Noeses, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a renda da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. **Fiscalidade**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

PETERS, Christopher J. **A matter of dispute: morality, democracy, and Law**. Londres: Oxford University Press, 2011.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A definição da justiça sob a perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin. In LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira, SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça**: análise de teorias contemporâneas de justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PRADO, Roberta Nioac et al (coord.). **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Paraísos fiscais**: concepções. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/para%C3%ADsos-fiscais-concep%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de

Direito. São Paulo: Manole, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel Uihôa. Goiânia: Editora UnB, 1997.

_____. **Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity**. New Jersey: Princeton University, 2011.

ROSENBLATT, Paulo. **Competência regulamentar no direito tributário brasileiro: estratégias de flexibilização da legalidade e controle judicial**. Dissertação de mestrado em direito público. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz di. **Kafka: alienação e deformidade da legalidade**. 1. ed. São Paulo: Fiscosoft da Thomson Reuters, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *In* **Publicações ANPOCS**. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em: 10 jul. 2017.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **O Supremo de “portas abertas”**: a colegialidade em ação. Disponível em: [http://www.academia.edu/28562389/O Supremo de portas abertas a colegialidade em a%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/28562389/O_Supremo_de_portas_abertas_a_colegialidade_em_a%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 jun. 2017.

SANTOS, Célia Quirino dos. **Tocqueville**: a realidade da democracia e a liberdade ideal. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/santostocqueville.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I: o debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENADO FEDERAL. Atividade legislativa Medida Provisória no. 2518-35, de 2001. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/47775/pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court*. *In* **Fortune**. Boston, v. 35, t. i, 1947.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal**

reasoning. Boston: Harvard University Press, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SHAPIRO, Carolyn. *Coding complexity: bridging law to the empirical analysis of the Supreme Court*. In **Hastings Law Journal**, Chicago: Chicago-Kent College of Law, v. 60, mai., 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e democracia: um guia para a leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMON, Karla. *Congress and taxes: a separation of powers analysis*. In **University of Miami Law Review**. N. 1005, 1991. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umlr/vol45/iss5/4>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SOMBRA, Thiago Luís. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. In **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./abr., 2017.

SOUSA, Rubens Gomes. **Pareceres**. Imposto de Renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

STRECK, Lênio Streck. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 531.112/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

_____. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.233.605, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe 11/06/2010.

_____. REsp 1013060/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 08/06/2012.

_____. **Supremo em ação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. ADI 293 QO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1993, DJ 18-06-1993 PP-12109 EMENT VOL-01708-01 PP-00147 RTJ VOL-00151-01 PP-00011.

_____. ADI 2130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02/02/2001.

_____. ADI 2588, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, DJe-027 DIVULG 07-02-2014 PUBLIC 10-02-2014 EMENT VOL-02719-01 PP-00001.

_____. ADI 4697, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017.

_____. ARE 694294 ED, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 16-10-2014 PUBLIC 17-10-2014.

_____. RE 71758, Relator: Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1972, DJ 31-08-1973 PP-06310 EMENT VOL-00919-01 PP-00272 RTJ VOL-00066-01 PP-00140.

_____. RE 89791, Relator: Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 03/10/1978, DJ 20-10-1978 PP-08206 EMENT VOL-01112-02 PP-00560 RTJ VOL-00096-02 PP-00781.

_____. RE 117887, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578.

_____. RE 138284, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992, DJ 28-08-1992 PP-13456 EMENT VOL-01672-03 PP-00437 RTJ VOL-00143-01 PP-00313.

_____. RE 172058, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1995, DJ 13-10-1995 PP-34282 EMENT VOL-01804-08 PP-01530 RTJ VOL-00161-03 PP-01043.

_____. RE 552118 AgR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-076 DIVULG 25-04-2011 PUBLIC 26-04-2011 EMENT VOL-02508-01 PP-00072.

_____. RE 593849, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017.

_____. RE 598572, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016)

_____. RE 651703, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-086 DIVULG 25-04-2017 PUBLIC 26-04-2017.

_____. RE 201465, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2002, DJ 17-10-2003 PP-00014 EMENT VOL-02128-02 PP-00311.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

TAVARES, Francisco Mata Machado. **A dimensão política da crise fiscal dos**

Estados contemporâneos: um estudo sobre o potencial de democracia deliberativa para a coibição das concorrências tributárias danosas. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *In Revista Direito GV*, São Paulo, n. 15, jan./jun., 2012.

THURONYI, Victor. ***How can an excessive volume of tax disputes be dealt with?*** Washington: Legal Department of International Monetary Fund, 2003. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/leg/tlaw/2013/eng/tdisputes.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes.** Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. *In Direito Tributário*. v. I. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003.

_____. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do Direito Tributário. *In Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, jan./jun., 2006.

UCKMAR, Victor. **Os princípios comuns de direito constitucional tributário.** Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004.

YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário: uma visão sistêmica.** São Paulo: Atlas, 2014.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização da seguridade social no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2000.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e Medida Provisória: mel e veneno. *In FISCHER, Octavio Campos Fischer (coord.). Tributos e direitos fundamentais.* São Paulo: Dialética, 2004.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. *In BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). Legitimidade da jurisdição constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Conditions of Democracy.* *In The Journal of Political Philosophy.* Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9760.00058/abstract>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *In* **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro: Padma, a. 4, v. 16, out./dez. 2003.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.