

CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Leonardo Pietro Antonelli¹

Resumo

A presente monografia busca oferecer um panorama sobre a correção legislativa da jurisprudência, que é o fenômeno que ocorre quando o Congresso reage e, por meio de emenda constitucional, lei complementar ou ordinária, modifica conscientemente determinada interpretação judicial, fazendo com que a decisão final sobre determinado assunto controvertido não tenha o seu fim no âmbito do Judiciário. A monografia explicita através da análise das emendas constitucionais em matéria tributária o excesso praticado no Brasil em termos de correção legislativa da jurisprudência e preconiza, ao final, que a forma menos traumática para a solução dessas tensões entre os poderes em matéria tributária é a adoção da doutrina do diálogo constitucional, que busca uma convivência harmônica entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: Correção legislativa da jurisprudência; Emendas constitucionais; Revisão da interpretação judicial; Diálogo constitucional; Equilíbrio entre poderes; Constitucionalização dos direitos.

LEGISLATIVE CORRECTION OF JURISPRUDENCE: AN ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TAX MATTERS.

Abstract

This monograph seeks to provide an overview of the legislative correction of jurisprudence, which is the phenomenon that occurs when Congress reacts and, through a constitutional amendment, consciously modifies certain judicial interpretation, making the final decision on a particular controversial issue, that is not taken by the Judiciary. The monograph explains, by analyzing the constitutional amendments in tax matters, the excess practiced in Brazil in terms of legislative correction of jurisprudence and advocates, at the end, that the least traumatic way to resolve these tensions between the powers in tax matters is the adoption of doctrine of constitutional dialogue, that seeks a harmonious coexistence between constitutionalism and democracy.

Keywords: Legislative correction of jurisprudence; Constitutional amendments; Review of judicial interpretation; Constitutional dialogue; Balance of powers; Constitutionalization of rights.

¹Advogado, Mestre em direito econômico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e conselheiro da OAB. E-mail de contato: leonardo@antonelliadv.com.br.

Sumário

INTRODUÇÃO 1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO DE CADA PODER CONSTITUÍDO 1.1O princípio da separação dos poderes, 1.2 O ativismo nos três poderes, 1.2.1O ativismo no Executivo, 1.2.2 O ativismo no Judiciário, 1.2.2.1 Críticas doutrinárias ao ativismo judicial, 1.2.3O ativismo no Legislativo, 2.CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL, 2.1Conceito e evolução histórica no direito brasileiro, 2.2 Correção legislativa no direito norte-americano, 2.3 Teoria do diálogo constitucional, 2.4Limites da correção legislativa da jurisprudência e o exame de sua constitucionalidade, 2.4.1Limites formais, 2.4.2Limites materiais, 2.5Segurança jurídica versus correção legislativa da jurisprudência, 3. A CORREÇÃO LEGISLATIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO – ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS, 3.1Antinomia do STF em matéria infraconstitucional, 3.2Da antinomia do STF em matéria constitucional, 3.2.1Da necessidade de previsão constitucional para a progressividade de imposto real – o caso IPTU, 3.2.2 Da desnecessidade de previsão constitucional para a progressividade de imposto real – o caso ITDCM, 3.2.3 Da necessidade de previsão constitucional para a tributação de pessoa física no ICMS incidente sobre a importação, 3.2.3.1O caso do IPI pessoa física. A evolução do diálogo constitucional, 3.3O caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, 3.3.1A Emenda Constitucional 39/2002, 3.3.2O paradigma do STF sobre a constitucionalidade da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A correção legislativa da jurisprudência, objeto desta monografia, é um fenômeno que ocorre quando o Congresso reage e, por meio de emenda constitucional, lei complementar ou ordinária, modifica conscientemente determinada interpretação judicial, fazendo com que a decisão final sobre determinado assunto controvertido não tenha o seu fim no âmbito do Judiciário.

Essa possibilidade de reforma do entendimento dos Tribunais Superiores é aceita pela doutrina e jurisprudência atuais, independentemente de previsão legal expressa. É bem verdade que na Constituição de 1937 havia a possibilidade de o próprio Presidente da República submeter decisões judiciais novamente ao exame do Parlamento que poderia torná-las sem efeito.² E, como a história registra, há caso em que o Chefe do Executivo Federal simplesmente baixa Decreto-Lei e confirma textos legais, então declarados inconstitucionais pela Suprema Corte

² “Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

brasileira, restabelecendo, por exemplo, a incidência do imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos.³

A questão se torna contemporânea em face da hiperconstitucionalização do direito no Brasil, no qual praticamente todos os temas que envolvem a sociedade podem ser levados à discussão Constitucional, gerando aparente tencionamento ao princípio da separação de poderes, principalmente nas hipóteses em que caberá ao Poder constituído competente ponderar valores e princípios, atribuindo maior peso a uns em detrimento de outros, sem que isso implique superioridade daquele valor ou princípio que fora privilegiado. Vejamos.

O interesse em desenvolver este estudo surgiu em uma aula de Teoria da Interpretação do Direito Tributário, proferida pelo inesquecível Professor Lobo Torres. Naquela oportunidade, discutia-se a então recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, no *leading case* sobre a progressividade das alíquotas do IPTU, acatara a distinção clássica entre impostos pessoais (que recaem sobre as pessoas) e reais (sobre bens), rechaçando a compatibilidade dessa técnica (progressividade) em face de impostos, cuja base de cálculo seja o preço de venda, esse notadamente proporcional.

As grandes cidades do país adotavam a progressividade do IPTU e o seu afastamento poderia representar uma redução da carga tributária anual em mais de 90% (noventa por cento), tal como no Município do Rio de Janeiro em que a alíquota aplicável para os grandes terrenos era de 5% (cinco por cento) ao ano e passaria a ser a menor prevista na legislação, ou seja, 0,15% (zero vírgula quinze por cento) sobre o valor venal. Sem prejuízo de o contribuinte requerer a repetição do indébito.

Mais empolgante ainda se tornava a *quaestio* porque o legislador constituinte derivado promulgara a EC 29/2000, que expressamente passou a permitir a adoção de alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel e seletivas de acordo com a sua localização e uso.

Isso significava dizer, parafraseando Lobo Torres, que houve radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência, surgindo a seguinte indagação: seria aquela norma constitucional inconstitucional?

³A Carta de 1937 contemplava no seu art. 180 a possibilidade do Presidente da República expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União enquanto não se reunir o Parlamento Nacional. Daí porque, o próprio “rei ditador” aproveitando-se da interpretação cominada dos citados arts. 96 e art. 180 baixou o célebre Decreto-Lei 1564, de 05.09.1939, que acabou por suspender decisões judiciais, *verbis*:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais: ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 1939, 118º. da Independência de 51º. da República.

Getulio Vargas – Francisco Campos – A. de Souza Costa.”

Para o delírio acadêmico dos seus então alunos, respondeu Lobo Torres afirmativamente, que a opção do legislador pela adoção de critérios progressivos ou regressivos nos impostos sobre o patrimônio, notadamente proporcionais, fere a igualdade (vide *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*).⁴

Com tanta inspiração, produzi alguns trabalhos sobre essa controvérsia, merecendo destaque o publicado em agosto de 2001, na *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, cujo título é Emenda Constitucional de 29/2000 – Progressividade do IPTU.⁵

Os anos se passaram e ao longo destes, sucessivas emendas constitucionais foram promulgadas, muitas delas notadamente corretivas. Eis que em 2006, os meus queridos amigos e eminentes Professores Heleno Taveira Torres e Adilson Rodrigues Pires organizam para a editora Renovar um livro de estudos em homenagem aos 70 anos de Lobo Torres, ficando sob a minha incumbência escrever sobre O limite das reformas constitucionais em matéria tributária.⁶

Objetivava, naquele texto, enfrentar a constitucionalidade da Emenda 39/2002 que criara um quarto gênero de contribuições,⁷ até então não previsto no ordenamento jurídico, com um agravante: a justificativa contida na PEC da COSIP⁸ expressamente afirmava que sua única finalidade era suprir a incapacidade de a maioria dos municípios brasileiros custearem a iluminação pública, cuja arrecadação, via taxa, fora declarada inconstitucional pelo STF.

Em outras palavras, os Municípios deixariam de utilizar a espécie tributária adequada para custear as suas despesas gerais, que são os impostos, e o Congresso dismantalaria o caráter sistêmico do direito tributário, ferindo

⁴TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3, p. 335.

⁵ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional n. 29/2000 – Progressividade do IPTU. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, ano 9, jul.-ago. 2001.

⁶ANTONELLI, Leonardo Pietro. O limite das reformas constitucionais em matéria tributária. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷Marco Aurélio Greco refere-se às contribuições interventivas como um terceiro gênero, na sua obra *Contribuição de intervenção no domínio econômico sobre royalties*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 99, p. 133-151, dez. 2003.

⁸PEC 504/99 enviada ao Congresso, *in verbis*: “[...] É de todos sabido que muitos Municípios brasileiros vinham instituindo e cobrando a taxa de iluminação pública para fazer face aos custos da implantação desse serviço indispensável para as comunidades urbanas.

O Supremo Tribunal Federal, porém, já firmou jurisprudência no sentido de considerá-la inconstitucional, por não se tratar de serviço público específico e divisível e, em certos casos, por ter ela base de cálculo coincidente com a de impostos, como o imposto predial e territorial urbano (IPTU).

Como os Municípios não têm condições efetivas de custear a iluminação pública através de seus impostos e também não podem permanecer inadimplentes com as empresas concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica, a solução que se alvira é a de emendar-se a Constituição, para que eles possam vir a instituir e cobrar uma contribuição de iluminação pública, dentro da legalidade e sem os percalços das demandas judiciais. [...]”. Consulta ao inteiro teor da Proposição 504/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696>. Acesso em: 16 set. 2010.

os seus pressupostos dogmáticos, introduzindo mais um retalho na colcha tributária que se tornou a Carta Magna. Seria legítimo um único e exclusivo interesse fiscalista para a validade de uma correção legislativa?

Esta monografia está dividida em **três capítulos**. No **primeiro**, serão tratados o princípio da separação dos poderes e o ativismo de cada poder constituído. Com efeito, se por um lado parece haver certo consenso na doutrina de que há alguma redução da importância do papel do legislador na realização do direito; por outro, como reação a essa postura mais ativa do Judiciário, vislumbra-se que o Legislativo busca, por meio de processo institucional e democrático, rever determinados temas já consolidados na jurisprudência, com o claro propósito de modificar o entendimento então adotado. Ocorrendo essa hipótese, retira-se do Judiciário a ideia de “última palavra” em qualquer solução de controvérsia, o que tipifica uma espécie de ativismo *in casu* legislativo.

No **segundo capítulo**, será aprofundado o conceito e evolução histórica da correção legislativa da jurisprudência no Brasil, apresentando-se alguns paradigmas do direito norte-americano. Demonstrar-se-á que, na Constituição vigente no Brasil, o Poder Legislativo não está adstrito ao efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, em ação declaratória de constitucionalidade e nem mesmo impedido de editar normas contrárias às Súmulas Vinculantes, o que lhe daria legitimidade constitucional reflexa para corrigir a jurisprudência.

Enfrentar-se-á, ainda, os limites formais e materiais da correção legislativa, encerrando esse capítulo com a teoria do diálogo constitucional que, numa síntese apertada, seria uma forma de o Judiciário instigar o Legislativo a editar um diploma legal que possibilite corrigir o seu próprio entendimento jurisprudencial. Essa moderna forma de harmonização dos poderes constituídos já possui um importante precedente relativo à Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA) no Supremo Tribunal Federal, que contou com a edição de diploma legal superveniente pelo Congresso Nacional e a sanção da Presidência da República, o que será aprofundado.

Por fim, no **terceiro capítulo**, dedicado ao estudo de casos concretos, pretende-se demonstrar que no direito atual o bem jurídico maior que se quer tutelar é a justiça fiscal. Em outras palavras, os poderes constituídos na ponderação de valores têm, cada vez mais, privilegiado a justiça fiscal em detrimento da segurança jurídica. Essa postura se reflete nos princípios que veiculam tais valores, respectivamente a legalidade e a capacidade contributiva.

Precedentes emblemáticos do Supremo Tribunal Federal serão analisados. Casos como o da contribuição SAT e a mitigação do princípio da legalidade; a da COSIP, nova espécie tributária criada especificamente com o objetivo fiscalista; o do ICMS e IPI na importação por pessoa física, cujo segundo está afetado ao Plenário do STF com repercussão geral; o do ITDCM e a reviravolta interpretativa recente da Corte Suprema quanto à aplicação da técnica da progressividade, malgrada a inexistência de expressa autorização

constitucional. Objetiva-se trazer uma reflexão acerca da teoria do diálogo constitucional, demonstrando que o Judiciário tem ido mais além e revisto a sua jurisprudência, independentemente de diploma legislativo superveniente.

Para fechar o capítulo, com a devida licença poética, uma profecia acadêmica. Foi reconhecida a repercussão geral do processo em que se discute a não incidência do IPI na importação por pessoa física para uso próprio. Em que pese a iterativa jurisprudência do STF em afastar a sua exigência, a prevalecer a evolução do diálogo constitucional, vislumbra-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal inverter o resultado dos seus julgados e reconhecer a incidência do tributo, independentemente da promulgação de emenda constitucional futura que a legitime. Nunca é demais lembrar que análoga discussão em relação ao ICMS importação chegou ao STF e para contornar aquela jurisprudência foi necessária uma emenda constitucional (EC 33/2001).

1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO DE CADA PODER CONSTITUÍDO

1.1 O princípio da separação dos poderes

A primeira concepção sobre a separação de poderes foi teorizada por Locke, em seu livro *Dois tratados sobre o governo*, em meados do Séc. XVII. Para ele, existiam três poderes indispensáveis às sociedades políticas: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Esse último seria ligado à diplomacia e ao comércio internacional e estaria fortemente unido ao Poder Executivo. Segundo o autor, o Poder Legislativo estaria acima de todos os outros, a fim de preservar a sociedade política.⁹

Anos depois, essa teoria foi mais desenvolvida por Montesquieu, na célebre obra *O espírito das leis*. Inspirado em Locke, Montesquieu defende a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário entre três pessoas diferentes, a fim de que houvesse uma divisão soberana de poderes, que conviveriam entre si. Montesquieu foi um grande teórico sobre limites de poder e garantia política, que se daria pela consagração da legalidade e da separação dos poderes.

Segundo Boquimpani, a influência de Montesquieu no direito foi extraordinária, tendo interferido fortemente nos movimentos constituintes revolucionários da América do Norte em 1787.¹⁰ Além disso, sua doutrina teve alcance na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a separação dos

⁹LOCKE, Jonh. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fiscer. São Paulo: Martins Fones, 2001. p. 514-517.

¹⁰BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*. A progressividade do IPTU. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 89.

poderes foi consagrada como um dos princípios fundamentais. Foi no âmbito da Revolução Francesa,¹¹ também, que teve início o debate e a preocupação com os direitos individuais, com a liberdade e com a propriedade e, “a partir da pragmática separação dos poderes, começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente, da Polícia, tudo em defesa dos direitos dos cidadãos”¹²⁻¹³

Durante a concepção originária do princípio da separação dos poderes foi dado destaque ao princípio da legalidade,¹⁴ buscando a utópica previsão de todos os atos que poderiam ser praticados pela Administração Pública. Obviamente, esse fato nunca foi pleno e levou, com o tempo, à criação de institutos jurídicos que suprissem a falta da lei, como a teoria da imprevisão, por exemplo.

Há de constatar, contudo, que, ao elaborar a teoria da separação dos poderes, Montesquieu teve em mente a contenção do abuso do poder do Estado. Modernamente, a ideia da separação de poderes vem acompanhada da noção de interdependência entre os poderes, para que um pudesse controlar o outro. Assim, o principal meio de controle de cada poder individualmente se daria pelo sistema de freios e contrapesos.

Para Bonavides, o princípio da Separação dos Poderes seria um princípio decadente na técnica do constitucionalismo moderno, visto que o Estado atual deve ser eficaz na garantia da liberdade e da personalidade do indivíduo.¹⁵ Nesse sentido, explica Boquimpani:

¹¹Para Boquimpani, a exaltação do princípio da separação de poderes “alcança seu mais alto grau de intensidade na letra das Constituições francesas inspiradas pelas máximas do liberalismo. Com efeito, o art. 16 da Constituição de 3 de setembro de 1791, na parte relativa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, descrevia: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possui constituição”. Citando Paulo Bonavides, afirma que o princípio surge no Brasil, como na formulação francesa, com a República e que o Império teria experimentado a formulação de Benjamin Constant, de quatro poderes (BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 90).

¹²KRELL, Andreas J. Discricionariade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista Esmafe*, Recife: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27203>>. Acesso em: 4 fev. 2010. p. 179.

¹³Citando Kelsen, Boquimpani, afirma que, para o autor germânico, “a revisão judicial da legislação é uma transgressão evidente do princípio da separação de poderes”. Segundo Kelsen, haveria apenas “duas funções básicas do Estado: criação e aplicação do direito; esta atribuída ao Executivo e ao Judiciário, aquela ao Legislativo”. Para Kelsen, esse princípio atuaria muito mais contra a concentração de poderes do que efetivamente a favor da separação. Por fim, concluiria o autor que essa separação exclusiva de funções seria muito difícil na prática. Ademais, afirmaria Kelsen que a separação de poderes não é na sua essência democrática, visto que todo poder deve se concentrar no povo e, quando não puder ser exercido por ele diretamente, deve se concentrar nos órgãos representativos. Assim, o Legislativo deveria se sobrepor aos outros poderes (BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 91-92).

¹⁴Ensaia Boquimpani que “o princípio da legalidade remonta data anterior à da ‘Magna Carta Libertatum’, de 15 de junho de 1215, Runnumede, Inglaterra, promulgada pelo rei João Sem Terra. Mas, segundo Lacombe, “não há dúvida de que a *Magna Carta* foi o primeiro texto escrito que exigiu a autorização dos representantes dos contribuintes para legitimar a cobrança de tributos”. O reconhecimento constitucional se deu por meio da Constituição norte-americana de 1787 e na Declaração de Direitos, de 1789. No Brasil, o princípio da legalidade esteve presente desde a primeira Constituição, cabendo registrar que a Carta de 1967 foi a primeira dotada de um capítulo relativo ao sistema tributário, com a legalidade referida no art. 20” (Idem, ibidem, p. 98).

¹⁵BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

Não são poucos os *enfoques* identificáveis na filosofia política e jurídica – ora para questionar a limitação do Judiciário no julgamento de atos dos demais poderes (Habermas), ora enaltecendo o Legislativo (Kelsen), e noutras passagens para enfatizar a necessidade do equilíbrio entre os poderes, escalado o Judiciário como controlador máximo (Gordillo), ou para declarar decadente o princípio da tripartição das funções estatais (Bonavides). Tais enfoques, em certa medida, *se completam*, posto que nenhum deles é capaz de, isoladamente, auxiliar na solução das inúmeras questões que demandam aplicação do princípio. Com efeito, a independência e harmonia entre os poderes comporta graduação, *histórica e especialmente* posta, em conformidade com a *realidade jurídica e metajuridicamente* constatada.¹⁶

No Direito Constitucional moderno, que se deu na Europa após Segunda Guerra Mundial e no Brasil após a Constituição da República de 1988, “as funções típicas de cada um dos três poderes não são exercidas da forma compartimentada que a técnica da especialização funcional poderia sugerir”.¹⁷⁻¹⁸ Conforme ensina o professor Barroso, essa nova percepção do Direito Constitucional teve como marco filosófico o pós-positivismo, e como marco teórico três grandes transformações: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.¹⁹⁻²⁰

¹⁶BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 93-94.

¹⁷OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: UERJ, 2009. p. 20.

¹⁸Segundo o professor Peixinho, dentro da concepção originária da separação de poderes, não haveria estreita divisão de funções entre eles. Além disso, afirma que as constituições contemporâneas atribuem muitas funções atípicas aos poderes constituídos. Nas suas palavras: “O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa” (PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF, 2008).

¹⁹BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *RERE*, Salvador: IBDP, mar.-maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2013. p. 4-5.

²⁰No mesmo sentido, afirma Daniel Sarmento que o fenômeno do Neoconstitucionalismo no Brasil, envolve diversas mudanças, comandadas sobre a égide da Constituição de 1988, que podem ser assim sintetizadas: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2013, p. 1-2).

Sobre essa mudança histórica que levou ao surgimento do “neoconstitucionalismo”,²¹ ensina Sarmento:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.

[...] A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que comum a diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.²²⁻²³

Com isso, a visão clássica da separação entre os poderes, “que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”.²⁴ São endossadas teorias de democracia mais substantiva, em que o legislador pode ter a sua atuação limitada em prol dos direitos fundamentais. Desse modo, “ênfatisa-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência”.²⁵⁻²⁶

²¹A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003 (Idem, ibidem, p. 3-4).

²²SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 5-6.

²³No mesmo sentido, Barroso: “O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 4, jan.-jun. 2012).

²⁴Idem, ibidem, p. 8.

²⁵Idem, p. 9.

Esse processo de “constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente, por via da jurisdição constitucional”.²⁷⁻²⁸ Para Vital, o Judiciário tem um incremento significativo do seu papel, na “concretização das normas constitucionais, por intermédio da jurisdição constitucional, pela qual os atos dos demais poderes estão submetidos ao controle judicial da aferição de constitucionalidade”.²⁹ O juiz passa a ter a sua atuação destacada, pela sua função de intérprete da legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição. Para Derzi, as decisões judiciais devem ser vistas como ato de aplicação da lei e criação do direito.³⁰ Nas palavras do professor Sarmiento:

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas – que serão analisadas mais à frente –, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular.³¹⁻³²

No Brasil, após o processo de redemocratização, que se consolidou com a Constituição de 1988, permitiu-se o acesso amplo ao controle abstrato da constitucionalidade. Com o aumento do escopo da jurisdição constitucional,³³ o processo de judicialização da política foi favorecido,³⁴ uma vez que qualquer partido com

²⁶Para Vieira, “uma das características marcantes destes novos regimes foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, voltadas a assegurar pactos de transição, plasmados em ambiciosos textos constitucionais” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de direito da FGV*, São Paulo, 2008, p. 444).

²⁷BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, cit., p. 40.

²⁸Para Sarmiento, embora “pareça exagerado falar em superação da eterna querela entre jusnaturalistas e positivistas pela via do neoconstitucionalismo, não há dúvida de que a relevância prática da desavença é consideravelmente diminuída. [...] No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre espaço significativo para ela” (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*, cit., p. 10).

²⁹OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 20-21.

³⁰DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 52.

³¹SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*, cit., p. 12.

³²Para Misabel, “O Direito se transforma, então, em um sistema jurídico, cujas funções de redução da complexidade e de solução de conflitos da sociedade têm como forte esteio o juiz que se posta em seu centro. [...] afastado das ingerências do político e do econômico, e sob a proibição de denegar a justiça, o juiz tem o dever de decidir de forma impermeável, segundo as determinações do próprio sistema jurídico, sem intervenção direta do ambiente externo. Essas as exigências mínimas do Estado Democrático de Direito” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. 13).

³³Pode-se conceituar jurisdição constitucional como a “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações

representação no congresso, entidades representativas da sociedade civil organizada e principais instituições dos Estados-membros passaram a ter o poder de provocar o STF. Sarmiento destaca a importância dos doutrinadores brasileiros nesse momento, ao estudarem, profundamente, a aplicação dos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais. Passa-se a discutir sua eficácia jurídica, sempre com uma preocupação relacionada a valores e à democracia.³⁵⁻³⁶⁻³⁷

Somem-se esses fatores à hiperconstitucionalização da vida contemporânea, como consequência do avanço de constituições rígidas. Esse fato favorece o aumento da jurisdição constitucional, uma vez que praticamente todos os temas que envolvem a sociedade podem ser levados à discussão Constitucional. Para Oscar Vieira, esse fato é “consequência da desconfiança da democracia e não a sua causa”.³⁸ Com isso, haveria uma “opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do judiciário como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”.³⁹

Nesse processo, a descrença do povo brasileiro em relação à política, de um modo geral, o que inclui o Poder Legislativo, é relevante. Essa visão é fortalecida pela mídia. Assim, há forte expectativa de que a solução dos problemas do País possa vir do Judiciário. Pode-se dizer que o julgamento e a condenação dos réus do “Mensalão” ilustram bem esse cenário, principalmente pelo telejornalismo das sessões do STF, que tornaram o julgamento um grande debate público.

nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)” (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit, p. 5).

³⁴A escolha entre alternativas controversas de política nacional no âmbito da Constituição faz da função judicante uma função também “política” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit, p. 45). Para Oscar Vieira, ao ter de apreciar atos ligados à governança interna dos outros dois poderes, o Supremo “serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de *pequenas causas políticas*” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit, p. 449).

³⁵SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*, cit.

³⁶Para Oscar Vieira, o fortalecimento do papel do judiciário pode ser explicado de duas formas, por duas correntes de pensamento: para a primeira, seria “uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global”, tendo em vista que os tribunais tendem a passar mais segurança jurídica que legisladores democráticos; já a segunda enxerga “como uma decorrência da retração do sistema representativo e da sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Nesse momento, recorre-se ao Judiciário como guardião último dos ideais democráticos” (*Supremocracia*, cit, p. 442-443).

³⁷Vital afirma, nesse sentido, que “a supremacia judicial na interpretação constitucional cumpre um papel de extrema relevância para a garantia da força normativa da Constituição” (*Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit, p. 84).

³⁸VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia* cit, p. 443.

³⁹Idem, *ibidem*, p. 443.

A falta de representatividade do parlamento leva a argumentos como o de que a eleição é uma escolha entre líderes de uma seleta elite, que está longe de ser uma democracia representativa.⁴⁰ Assim, na defesa do papel ativista do Judiciário, afirma Haberle: “estou contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar”.⁴¹

Vital alerta, nesse aspecto, que o direito constitucional positivo não induz a um modelo forte de supremacia judicial, uma vez que as normas da Constituição Federal de 1988 recomendam atenção às implicações de ordem democrática e o não desprezo do papel do Legislativo como intérprete legitimado.⁴² Para Sarmento, a excessiva concentração na interpretação judicial da Constituição gera consequências negativas, porque transmite uma imagem parcial do fenômeno da hermenêutica constitucional e idealiza a figura dos juízes.⁴³

Dentro do próprio direito constitucional, contudo, há a possibilidade de haver colisão entre princípios e direitos fundamentais garantidos, o que importa, também, na ponderação destes direitos pelos juízes, pela utilização de ferramentas metodológicas. Por exemplo, clara tensão existente entre desenvolvimento nacional e proteção ao meio ambiente e entre liberdade de expressão e direito de privacidade. Desse modo, o debate hoje não se concentra na possibilidade ou não da jurisdição constitucional, mas, sim, até onde ela poderia ir. Dependendo da corrente positivista adotada, defende-se um ativismo judicial maior ou menor.

A fim de demonstrar a importância da argumentação jurídica e da interpretação do julgador ante a colisão de normas, afirma Barroso:

Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. O proprietário de um imóvel urbano deve pagar imposto predial. A Constituição não permite ao Chefe do Executivo um terceiro mandato. Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA? Em ambos os casos, que envolvem questões constitucionais – privacidade, liberdade de expressão, direitos da personalidade, liberdade individual – a solução para a disputa não é encontrável pré-pronta no sistema jurídico: ela precisa ser desenvolvida justificadamente pelo intérprete.⁴⁴

⁴⁰FAORO, Rayundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007. p.199.

⁴¹HABERLE, Peter. Entrevista realizada em 21.04.2009, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, quando He foi concedido título de Doutor *Honoris Causa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 27 maio 2013.

⁴²*Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 85.

⁴³SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 28-29.

⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 26.

Em todas essas hipóteses envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. São situações em que a solução não estará pronta e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas.⁴⁵ Com esse entendimento, afirma Barroso, por fim, que nem sempre o mesmo intérprete utiliza-se do mesmo método de interpretação, o que o leva a crer que o método é “mera racionalização da decisão que tomou por outras razões”. Fazendo surgir uma nova variável: “o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado”.⁴⁶

Para Sarmiento, em tempos recentes, percebe-se a definição de relativo consenso, entre os autores neoconstitucionalistas, na definição das características centrais desse novo paradigma, com a:

valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.⁴⁷

Essas novas ideias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, “sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências”.⁴⁸ É o que se pode chamar de reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em matéria tributária, o *leading case* é o caso da contribuição ao Seguro por Acidente de Trabalho. Nesse caso, discutiu-se se haveria violação ao princípio da reserva legal, uma vez que os decretos regulamentadores iam além do que previa a lei ordinária, fixando as alíquotas que incidiriam sobre a folha de salários dos empregados. Segundo o Min. Carlos Velloso, a Constituição de 1988 traz em seu corpo os dispositivos constitucionais relativos ao SAT e não precisaria de uma Lei Complementar para ser instituído. Por fim, afirmou o relator que “o fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de atividade preponderante e grau de risco leve,

⁴⁵Para Misabel Derzi, a sentença, do ponto de vista hermenêutico, é aplicação e criação do direito. Desse modo, embasada no ensinamento de Ricardo Guastini, em sentido técnico-restrito, afirma que essa criação do direito pelo juiz teria quatro significados. O primeiro deles é que “a partir da eficácia geral *erga omnes* atribuída às sentenças, o que se pode depreender das decisões judiciais em determinadas ordens positivas é que a função jurisdicional, nesse aspecto, em razão da eficácia, seria similar às funções legislativas. Assim ocorre com as sentenças normativas da Justiça do Trabalho [...]. Nesse caso o caráter ‘criativo’ estaria definido pela própria ordem positiva e restringir-se-ia aos casos, limites e circunstâncias, postos por ela”. A segunda acepção é a de que o Judiciário cria normas individuais, enquanto ao Poder Legislativo produzir normas gerais. Esse seria o entendimento de Kelsen. Ao terceiro sentido “decorre do fato de que se pode atribuir à interpretação uma natureza produtiva de normas e não meramente cognoscitiva. O significado de um enunciado não é coisa predeterminada à interpretação, de tal modo que as sentenças são normas que os próprios juízes produzem, ou contribuem para produzir, mediante interpretação”. A quarta acepção da criação das normas pelos juízes é atribuída “I) quando os juízes pronunciam uma decisão imotivada, arbitrária; II) quando, na presença de uma lacuna ou de uma antinomia, aplicam uma norma que não se encontra pré-constituída” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. 61-68).

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 26.

⁴⁷SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 20.

⁴⁸Idem, ibidem, p. 20.

médio ou grave, não implica ofensa ao princípio da legalidade tributária”.⁴⁹ A decisão pela constitucionalidade do SAT foi unânime, mostrando mitigação do princípio da legalidade em favor da capacidade contributiva que espelha justiça fiscal.

Dentro desse contexto, pode-se ressaltar, também, a transferência de poder normativo às agências reguladoras, por meio do próprio Poder Legislativo, em um processo que muitos autores chamam “deslegiferação” ou delegação de competência normativa. Entre os fatores que levam a essa delegação de competência estão o excesso de burocracia e a morosidade natural do processo legislativo, que tende a não atender, com a velocidade necessária, aos anseios da sociedade moderna. Ademais, tira-se do processo político matérias de cunho técnico, que podem ser mais bem atendidas por especialistas.

Com isso, há certa redução da importância do papel do legislador na realização do direito e sérias críticas ao positivismo jurídico. O intérprete, então, passa a não ser só um mero aplicador da norma positivada, mas, sim, participante do processo de criação do direito, por meio da atribuição de sentidos às normas jurídicas.

Como reação a essa postura mais ativa do Judiciário é que surge o fenômeno da correção legislativa. Ao discordar da postura adotada pelo Judiciário, o Legislativo busca, por meio do processo institucional e democrático, rever determinados temas já consolidados pela jurisprudência, com o claro propósito de modificar o entendimento adotado.

Para Lobo Torres, essa atitude do Legislativo é estranha ao equilíbrio dos poderes, visto que “ao revés de o Judiciário controlar o Legislativo, que é a hipótese normal de criação do direito, passa ele a ser controlado pelos legisladores, através do instrumento da correção legislativa na via da emenda constitucional ou da lei complementar”.⁵⁰

Apresentado o cenário em que os três poderes, de forma legítima, podem extrapolar as suas “funções originais”, o que possibilita uma atuação mais positiva do Judiciário e uma reação forte do Legislativo, passa-se a estudar, separadamente, o ativismo de cada poder constituído.

1.2 O ativismo nos três poderes

O ativismo de cada um dos poderes constituídos pode ser observado sempre que um poder extrapola, mesmo que de forma legitimada, a competência que lhe foi originalmente delegada, invadindo as atribuições de outro poder. O professor Peixinho ilustra bem o tema com a seguinte passagem:

Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de

⁴⁹Informações retiradas do site do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60227&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

⁵⁰TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 441.

origem outros atributos cada vez mais crescentes. Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, ou na expressão utilizada por François Rigaux, “a invasão do legislativo no judiciário”, há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.⁵¹

Após essa breve introdução, será demonstrado como o fenômeno do ativismo se manifesta em cada um dos três poderes, com o enfoque no ativismo judicial e a reação do Legislativo a este.

1.2.1 O ativismo no Executivo

O ativismo do Poder Executivo pode ser visto em três exemplos claros: Poder Regulamentar, Medidas Provisórias e Atos Regulatórios.⁵² Esse último exemplo representa a incorporação, pelo Poder Executivo, de farta competência legislativa. Para o professor Peixinho:

O Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de *ativismo dos órgãos do Poder Executivo*⁵³ (grifou-se).

A fim de ilustrar a presente hipótese, o professor Peixinho afirma que diversos atos normativos têm regulamentado situações jurídicas não previstas em lei ou em que a legislação formal é insuficiente. Nesse sentido, cita como exemplo a ação declaratória de constitucionalidade ajuizada em face da Resolução 07, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça. Com esse ato normativo emanado do Conselho Nacional de Justiça, proibiu-se a prática do nepotismo em todas as instâncias do Poder Judiciário, mesmo sem haver lei em sentido formal que proibisse a contratação de parentes.

⁵¹PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*, cit., p. 3.

⁵²Nesse segundo ponto, há quem possa discordar que os atos regulatórios representem manifestação do Poder Executivo, já que as agências reguladoras possuem independência funcional em relação aos Ministérios que são vinculadas e têm total autonomia para que seus atos sejam mais técnicos do que políticos. Nesse sentido, os atos das agências não podem ser revistos por recurso hierárquico impróprio e, quanto à revisão judicial, há forte discussão no que tange a extensão desse controle sobre os mesmos. De todo modo, há consenso de que os atos podem ser controlados no que se refere aos princípios constitucionalmente garantidos, inclusive aqueles a que devem servir de norte à Administração Pública.

⁵³PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*, cit., p. 3.

Outro bom exemplo do poder delegado ao Executivo, a ser exercido pela via do regulamento, está contido na Lei 9.430/96, que disciplina processo administrativo tributário, em seu art. 77.⁵⁴ Esse artigo prevê a delegação de competência ao Executivo, para que este regulamente as hipóteses de existência de crédito tributário baseado em dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão transitada em julgado. Esse regulamento foi elaborado no ano seguinte de criação da mencionada lei e se consubstancia no Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997,⁵⁵ com o fim explícito de que a Administração se adapte à interpretação da Constituição na forma estabelecida pelo STF.

No que tange às Medidas Provisórias,⁵⁶ o uso indiscriminado ilustra bem como elas serviram de meio ao incremento do Poder Executivo sobre o Legislativo. Desde o início da vigência da Constituição de 1988, foram editadas mais de duas mil Medidas Provisórias, em muitos casos, com o claro propósito de iniciativa legislativa. Por esse motivo, o instituto passou por uma grande reforma em 2001, com a EC 32, que deu limites materiais à elaboração das Medidas Provisórias.

Por fim, vale destacar o ensinamento de Aragão, ao afirmar que há “pouca divergência quanto à necessidade de base legal para a Administração Pública editar seus atos concretos normativos”. Para o autor, as discussões se concentram nos seguintes temas: “até que ponto a lei deve preestabelecer os conteúdos dos atos a serem expedidos infra-legalmente pela Administração Pública; até que ponto pode conferir liberdade à Administração Pública para definir direitos e obrigações”.⁵⁷

⁵⁴Dispositivo Declarado Inconstitucional: “Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I – abster-se de constituir-los;

II – retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III – formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais” (Lei 9.430/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em: 10 maio 2013).

⁵⁵Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁵⁶Gilmar Mendes conceitua Medidas Provisórias como “atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes. [...] Embora produzam o efeito de conciliar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho de realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante” (MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 838).

⁵⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr.-jun. 2004, p. 51.

1.2.2 O ativismo no Judiciário

Esse tópico pode ser iniciado com a diferenciação de “judicialização” e ativismo judicial. A judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.⁵⁸ Com isso, há transferência de poder para os tribunais e alteração no modo de participação da sociedade nesse processo.

As causas para esse fenômeno já foram expostas no tópico inicial deste capítulo e envolve a redemocratização do País, com a Constituição de 1988; a constitucionalização de matérias que antes não faziam parte do texto constitucional; e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.⁵⁹ Em outro texto, Barroso destaca como causas o “reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”; a “crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”; e a percepção de que os atores políticos preferem que “o judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”.⁶⁰ Com isso, esses atores evitariam o desgaste político notório na discussão de temas como união homoafetiva e aborto. Importante destacar que toda atuação do STF se deu, mesmo nos seus anos de maior ativismo, de forma provocada, agindo dentro dos limites do que lhe foi pedido, cumprindo seu papel constitucional.

O ativismo judicial, por sua vez, pode ser definido como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.⁶¹ Segundo o professor Barroso, o ativismo, normalmente, pode ser observado “em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.⁶² Sobre a origem histórica do termo ativismo judicial, afirma Barroso que a expressão foi cunhada nos Estados Unidos e

que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso.⁶³

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *RERE*, Salvador: IBDP, n. 18, p. 3, abr.-jun. 2008.

⁵⁹Idem, *ibidem*, p. 3-4.

⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 7.

⁶¹Idem. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 6.

⁶²BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 6.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 9.

Para o mencionado professor, essa interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois poderes, exercida de modo legítimo, teria como fim a concretização de valores constitucionais, uma vez que procura extrair o “máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.⁶⁴

Ao aprofundar o debate, Barroso analisa a “pretensão de autonomia do Judiciário e do direito em relação à política”, e afirma que a parcela de poder político dada ao Judiciário se refere à competência constitucionalmente garantida de solucionar litígios em geral. Essa questão, contudo, ganha complexidade quando “o judiciário atua nas disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte”.⁶⁵ A fim de ilustrar a questão, apresenta os seguintes exemplos:

É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.⁶⁶

Para Oscar Vieira, a expansão da autoridade do Judiciário no Brasil ganhou contornos ainda mais acentuados que no resto do mundo, no que ele chama de “Supremocracia”. Esse termo teria dois sentidos: o primeiro se refere “à autoridade recentemente adquirida em governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”.⁶⁷ Para o autor, esse processo teria se consolidado com a criação da súmula vinculante. O segundo sentido se refere à expansão de autoridade do Supremo em relação aos demais poderes, que, com a Constituição de 1988, deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro.⁶⁸ Na visão de Vieira,

a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. [...] A distinção do Supremo (em relação a outros tribunais mundo a fora) é de escala e natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de

⁶⁴Idem, *ibidem*, p. 11.

⁶⁵Idem, p. 19.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 19-20.

⁶⁷VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 444.

⁶⁸Um exemplo que vai ao encontro da mesma tese é o caso da Súmula 394. Após o STF a ter cancelado, excluindo do foro privilegiado os agentes públicos que deixassem o exercício da função, foi elaborada lei, que restabelecia o entendimento anterior. A fim de preservar seu poder, a lei foi invalidada pelo STF, sob o argumento de usurpação da sua função de intérprete da Constituição.

natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.⁶⁹

Thamy Pogrebinski, por sua vez, afirma que o fortalecimento da democracia representativa pode se encontrar no incremento do papel das cortes constitucionais. Para a autora, as cortes constitucionais “podem ser tomadas como propulsoras da representação política, ampliando-a para além de sua forma moderna e de suas manifestações tradicionais”. Nesse sentido, entende que o escopo da representação política deve ser ampliado, a fim de que as cortes constitucionais sejam vistas como instância de representação política, convalidando e ampliando o trabalho do Legislativo, a despeito de seus membros não serem escolhidos por voto popular.⁷⁰

Um bom exemplo de como o ativismo judicial se deu na prática foi no caso do Mandado de Injunção que tratava do direito de greve no serviço público. Esse remédio constitucional tem como fim precípua a defesa de direitos subjetivos em face da omissão do legislador, sempre que afetar direitos e liberdades constitucionais. Como o instituto não previa regras processuais, houve grandes discussões sobre como o STF deveria atuar, se deveria apenas fazer uma recomendação ao Legislativo, ou se deveria emitir regra sobre o tema levado a si. Inicialmente, existia o entendimento de que não haveria a faculdade de legislar pelo Judiciário, em vista do princípio da Separação dos Poderes e da democracia. Com isso, inicialmente, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a ele caberia apenas constatar a inconstitucionalidade da omissão, determinando que o legislador tomasse as providências necessárias à resolução do problema.⁷¹

O instituto foi-se aperfeiçoando com o tempo e após o Mandado de Injunção 283 passou a ser fixado prazo para a devida manifestação do Legislativo, sob pena de perdas e danos. A virada do instituto acontece, contudo, no caso do direito de Greve dos Servidores Públicos. Em diversos entendimentos anteriores, que se iniciaram com o Mandado de Injunção 20, havia sido decidido que esse direito de greve só poderia ser exercido após a edição de Lei Complementar, que daria eficácia ao preceito constitucional do tema. Essa lei nunca foi editada.

No ano de 2006, no julgamento dos MI 712/PA e MI 670/ES, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes passaram a defender “uma solução normativa e concretizadora para a omissão verificada”, uma vez que o tema estava aguardando solução desde 1988.⁷² Para Mendes, “a não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. [...] Nesse quadro, não vejo

⁶⁹VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., 445.

⁷⁰POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação*. Política direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 165.

⁷¹MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1146-1150.

⁷²Idem, *ibidem*, p. 1154-1157.

mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta corte”.⁷³ Com isso, o Ministro achou por bem recomendar uma sentença positiva e defende que essa postura é claramente vista na Itália. Para ele, no Estado Social, não basta apenas a declaração de inconstitucionalidade para que os direitos sejam garantidos, esses direitos devem ser efetivados e cabe ao Judiciário assegurar essa efetividade. Essa posição de Mendes foi acolhida pelo tribunal e o acórdão teve o seguinte dispositivo:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes.⁷⁴

Nesse exemplo, diante da clara e propositada omissão do legislador, o STF teve claro intuito ativista e ampliou sua competência a fim de julgar temas que reclamem uma solução diferenciada, para garantir a eficácia dos direitos envolvidos.

Naturalmente, essa nova postura do STF estimula que as forças sociais passem a procurá-lo com mais frequência, o que contribui para uma significativa alteração da agenda da Corte, que passa a se defrontar com temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como pesquisa de células-tronco, o aborto de anencéfalo e uniões homoafetivas.⁷⁵ Além disso, passa a intervir mais fortemente no processo político, quando suas decisões afetam, de forma direta e profunda, a atuação dos outros poderes. Como exemplo, podem ser citados os casos de perda de mandato parlamentar, estabelecimento de critérios rígidos para a quantidade de vereadores por municípios e a intensificação do controle judicial sobre as CPIs.⁷⁶

Apresentado o panorama do ativismo judicial no Brasil, passa-se às críticas a este, para, depois, demonstrar a reação do Legislativo a essa postura do Judiciário.

⁷³MI 670/ES. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em: <<http://www.stfjus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 16 maio 2013.

⁷⁴Idem.

⁷⁵SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 21.

⁷⁶Nas palavras de Barroso: “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito” (Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, cit., p. 10-11).

1.2.2.1 Críticas doutrinárias ao ativismo judicial

Sarmiento apresenta três possíveis objeções ao neoconstitucionalismo, que podem ser lidas como críticas ao ativismo judicial. São elas:

- (a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.⁷⁷

A primeira crítica se assenta na ideia de que as principais decisões políticas de uma sociedade devem ser tomadas por seus representantes eleitos democraticamente. Há a noção, por trás dessa crítica, de que o poder conferido aos juízes seria uma “espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas”.⁷⁸ No Brasil, essa crítica não teve espaço, pois quase sempre se associa o ativismo judicial a posições sociais progressistas, o que nem sempre é verdade.

Para Barroso, haveria três tipos de censuras. A primeira seria de cunho político-ideológico e tem relação com o déficit democrático do Judiciário, pelo fato de os juízes não serem eleitos pelo povo, chamada de dificuldade contramajoritária. Desse modo, ao substituir a vontade do legislador ou do Executivo, o Judiciário desempenha, também, um papel político. A crítica se relaciona à teórica incapacidade de esses poderes, que tiveram sua vontade substituída, oporem-se à decisão judicial. Há, também, quem defenda que não há realmente defesa de direitos fundamentais e que o Judiciário só representa uma “instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder”. Assim, a “judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização”.⁷⁹⁻⁸⁰

⁷⁷SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, cit., p. 24.

⁷⁸Idem, ibidem.

⁷⁹Essa seria a perspectiva de Ran Hirschl, em *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 2004, ao analisar as experiências do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, cit., p. 12.

⁸⁰Em outro texto do mesmo autor, ao discutir legitimidade da jurisdição constitucional, Barroso afirma que os argumentos contrários são os seguintes: “A primeira: denominada contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que exauem no âmbito do próprio judiciário –, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição”. Depois disso, conclui o autor que “é fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-53).

Nesse aspecto, pode-se acrescentar a opinião dos adeptos do realismo jurídico de que decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos julgadores; são politizadas e, segundo os cientistas sociais, são influenciadas por diversos fatores extrajurídicos. Todos os casos mais complexos, ao serem levados a julgamento, podem ter “mais de uma solução razoável a ser construída pelo intérprete”. Desse modo, ele escolheria aquela que mais se coaduna com suas opções pessoais, com suas ideologias, mesmo que inconscientemente.⁸¹ Os julgadores são humanos. Por exemplo, um julgador muito católico sempre terá a opinião em relação ao aborto, mesmo que de anencéfalos, diferente de outro julgador ateu e, por meio de argumentos jurídicos, cada um pode convencer e julgar de forma diversa.

A segunda crítica se refere à limitação do debate, em razão do excesso de linguagem técnica do Judiciário e dos espaços restritos à participação pública. Audiências públicas, a participação de *amicus curiae* em processos judiciais e a possibilidade de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil são movimentos que tentam atenuar essa crítica, mas não eliminam o problema.⁸² De todo modo, o excesso de participação popular também pode prejudicar o processo de jurisdição, porquanto a politização e a paixão não devem tomar o lugar da razão e da técnica. Nesse aspecto, vale ressaltar que a transmissão de julgamentos por meio de canal oficial confere legitimidade à jurisdição constitucional e representa traço distintivo do Brasil em relação ao mundo. Com esse modelo, Barroso afirma que o Brasil segue um modelo agregativo e não deliberativo, em que

a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final.⁸³

Por fim, a principal crítica talvez seja a relacionada à capacidade institucional do Judiciário. A fim de limitar a ingerência judicial sobre todo e qualquer tema, foram elaboradas duas ideias, que devem ser observadas pelo julgador: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. A capacidade institucional “envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se achar inapto à tamanha técnica.⁸⁴

⁸¹Idem, *ibidem*, p. 43.

⁸²BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 14.

⁸³BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, cit., p. 40.

⁸⁴Quanto a esse ponto, Vellêda Bivar fala de limitações estruturais e técnicas do judiciário, ressaltando que a quantidade excessiva de trabalho impediria a implementação de teorias hermenêuticas mais elaboradas no dia-a-dia dos tribunais (DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. *A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais*. Fortaleza: XIX CONPEDI, jun. 2010. (paper)

Além disso, o Judiciário deve avaliar o risco de efeitos sistêmicos de uma decisão mal sopesada, sempre que houver dúvida sobre o seu impacto sobre um segmento econômico ou sobre um setor regulado. Um exemplo claro e atual sobre o tema é a questão de decisões em matéria de saúde, em que o Estado é condenado a prestar determinados tratamentos milionários a pessoas com doenças raras, sem que se observe o risco que a reunião de muitos processos do mesmo gênero poderia causar ao Sistema Único de Saúde e seus beneficiados.

Nesse sentido, afirma Barroso que sempre que não estiver em jogo direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, “os juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política”.⁸⁵

A doutrina da deferência aos atos de outro poder tem como fonte principal o caso *Chevron, Inc. v. National Resorce Defense Council*, de 1984,⁸⁶ que é considerado o *leading case* sobre a sindicabilidade de um ato administrativo regulatório. O controle se daria pela ótica da razoabilidade e da legalidade, da motivação dos atos e da efetiva consideração dos argumentos dados pelos interessados.⁸⁷ Desse modo, a partir do caso *Chevron* foram estabelecidos alguns parâmetros para o controle judicial e se consagrou o princípio da deferência.

Foram estabelecidos dois passos para a revisão de um ato administrativo, que aqui podem ser lidos como atos que envolvam discricionariedade do administrador ou do legislador. Primeiro, deve-se analisar se há “intenção específica” do Congresso sobre o assunto posto em pauta e se essa intenção é clara ou ambígua. A prioridade é a lei. O segundo passo é avaliar se a interpretação dada ao ato atacado é razoável e plausível. Se sim, não se deve interferir no ato regulatório, porém se o ato não estiver dentro dos parâmetros do “bom senso”, deve ser anulado.

⁸⁵BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 16.

⁸⁶CHEVRON U. S. A. *Natural Resources Defense Council. INC.*, ET AL. 467 U.S. 837. Supreme Court of United States. Argued February 29, 1984. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar_case?case=14437597860792759765&hl=pt-PT&as_sdt=0&scioldt=0>. Acesso em: 8 out. 2012. Sérgio Varella Bruna resume bem o caso: “Chevron diz respeito a uma lei de proteção ambiental que determinou à agência de proteção ambiental americana uma política que tinha como base a imposição de limites para emissão de poluentes. E esses limites eram dados por unidades produtivas. E a agência de proteção ambiental, depois de muita discussão e processo administrativo para determinar a regra concreta que iria prevalecer, criou o conceito de bolha. Então, passou a não olhar mais para as unidades produtivas individualmente consideradas, mas para o conjunto de equipamentos emissores de um determinado complexo industrial, fingindo que sobre ali havia uma bolha, de sorte que equipamentos que emitiam mais do que o limite podiam ter esse excesso compensado por equipamentos do mesmo complexo que emitissem menos. Isso foi questionado pelos ambientalistas, dizendo que extrapolava a norma de competência, a norma que tinha atribuído esta política. E se desenvolveu essa doutrina Chevron, que não tem muito a ver com a questão ambiental que está por trás disso, mas tem a ver com esta ideia de separação ou divisão de poderes entre o Judiciário e a agência” (BRUNA, Sérgio Varella. Mesa-redonda 2: o cotidiano judiciário e a representação das agências em um contexto de judicialização. In: SALGADO, Lucia Helena (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. p. 66).

⁸⁷RUBENSTEIN, David S. “Relative checks”: towards optimal control of administrative power. Washburn University, 2019. p. 2230-2232. (paper).

Por fim, vale ressaltar a visão de Ives Gandra Martins, para quem os Ministros do Supremo Tribunal Federal “não se sentem mais jungidos à função exclusiva de asseguradores da lei, mas seus verdadeiros produtores, sempre que, a seu ver, o Congresso Nacional tenha sido omissivo”.⁸⁸ Ives tem uma posição bem crítica à atuação do STF como legislador positivo e destaca os seguintes artigos da Constituição para a sua análise:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição;

[...]

Art. 103. [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.⁸⁹

Com base nesses artigos, afirma que os poderes devem conviver de forma harmônica e independente e que o Legislativo, como poder mais representativo da sociedade, poderá sustar atos de invasão de sua competência por qualquer dos outros poderes, com base no art. 49, XI, da CF/88. O STF, por sua vez, ao se tornar guardião da Constituição, deve atuar como legislador negativo, sem ter o direito de modificá-la. A fim de sustentar essa tese, Ives destaca o art. 103, § 2º, da CF, e reafirma a impossibilidade de o STF editar norma, mesmo quando declara que a omissão do Legislativo é inconstitucional.⁹⁰ Para o autor, as Forças Armadas têm como missão garantir os poderes constituídos, garantir a lei e a ordem, devendo intervir sempre que solicitada pelo poder atingido.⁹¹⁻⁹²

⁸⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. *RBDC*, n. 18, p. 2, jul.-dez. 2011.

⁸⁹Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

⁹⁰MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional, cit., p. 4.

⁹¹Idem, *ibidem*, p. 4-5.

⁹²Ives cita alguns casos mais graves de invasão de competência legislativa como a cassação “dos mandatos dos Governadores do Maranhão e da Paraíba e a nomeação do candidato derrotado para substituí-los e não do presidente da Assembleia Legislativa”, indo de encontro aos arts. 80 e 81 da CF e o caso da fidelidade partidária, uma vez que o partido, de acordo com o art. 1º da CF, poderia ter a opção de adotá-la ou não, mas o STF entendeu que a mesma era obrigatória.

Desse modo, Ives defende que em qualquer caso que o STF invada competência do Legislativo, este poderia anular a eficácia de sua decisão, com fundamento no art. 49, XI, da CF. Caso o STF não acatasse essa anulação, caberia “intervenção das Forças Armadas para restabelecer a lei e a ordem turbadas pela quebra de harmonia entre os poderes”, a fim de obrigar o STF a respeitar a decisão do Legislativo.⁹³

Por fim, destaca sua preocupação de que muitos Ministros que tratam de matéria tributária tenham, como seus assessores, procuradores da Fazenda Nacional e procuradores do Estado, que como defensores do Estado e da Fazenda, podem não ter a necessária imparcialidade no preparo dos processos para julgamento. O autor conclui seu texto entendendo que o ativismo gera muita incerteza e fere a democracia, uma vez que qualquer lei passa a ser modificável sem que haja debate no Congresso Nacional, podendo, inclusive, ter efeitos retroativos. Reitera, contudo, que suas críticas não se estendem às figuras dos Ministros, os quais merecem todo respeito e admiração.⁹⁴

De todo modo, esse debate terminou com a legitimação do ativismo judicial, uma vez que a Constituição, “obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído”. Assim, “se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la”. Para Barroso, “o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais”.⁹⁵ Por fim, afirma o autor que:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Por outro lado, o longo princípio da separação de Poderes convive, inexoravelmente, com novas realidades, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição – frequentemente envolverá um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.⁹⁶

1.2.3 O ativismo no Legislativo

O ativismo do Poder Legislativo é mais propriamente representado pelo fenômeno da correção legislativa, tema central deste trabalho. Isso acontece quando o Legislativo não concorda com interpretação à Lei

⁹³Idem, p. 11.

⁹⁴MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional, cit., p. 16.

⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 50-54.

⁹⁶Idem, *ibidem*, p. 57.

dada pelo Judiciário e atua de modo contrário ao entendimento formado, editando Lei ou Emenda Constitucional. Com isso, retira-se do Judiciário a ideia da “última palavra” em qualquer solução de controvérsia. Nas palavras de Derzi,

sempre nos pareceu duvidoso que o Poder Judiciário, como instituição humana, nem superior ou inferior ao Poder Legislativo, em certas circunstâncias não pudesse sofrer limitações do tempo. As *modificações jurisprudenciais* configuram exatamente o fato que desencadeia tal limitação, fundamentada pelos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.⁹⁷

Como o próximo capítulo é inteiramente destinado a esse assunto, reservam-se as principais discussões, exemplos e estudos de caso para ele.

2 CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

2.1 Conceito e evolução histórica no direito brasileiro

A correção legislativa da jurisprudência, nas palavras do professor Lobo Torres,

dá-se através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.⁹⁸

Em um esforço doutrinário, Derzi, por sua vez, conceitua a correção legislativa da seguinte forma:

Para a configuração técnica da modificação temos o seguinte **objeto da modificação**: se toda jurisprudência se firma em torno da mesma questão ou problema, fixando uma norma judicial, uma “diretriz”, uma “ratio decidendi”, para a solução de uma série de casos similares, estaremos em face de uma nova jurisprudência se aquela “diretriz” ou “ratio decidendi” (isto é, se aquela norma judicial concreta) da jurisprudência velha, for alterada. Enfim, “*uma modificação da jurisprudência contém obrigatoriamente uma modificação da regra e não a avaliação de um caso singular*”.⁹⁹

W. N. Eskridge Jr., no completo estudo sobre o tema, esclarece que a correção ocorre quando o Congresso reage e modifica conscientemente uma interpretação judicial.¹⁰⁰ Para Canotilho, trata-se de combinação de Poderes.¹⁰¹ Para Hamilton, Jay e Madison, autores de *O federalista*, um verdadeiro sistema de pesos

⁹⁷DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. XXII.

⁹⁸TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 359-359.

⁹⁹DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. 260.

¹⁰⁰ESKRINDGE JR., W.N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, *The Yale Law Journal* 101 (2) (331-455, 1991).

¹⁰¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 1986. p. 195.

e

contrapesos.¹⁰²

Diogo de Moreira Neto vaticina que quando determinado Poder, dentro do exercício do desempenho de suas funções, tem o condão de sustar ou desfazer atos praticados por outro, resta caracterizado o chamado controle de correção.¹⁰³ Nas suas palavras:

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.¹⁰⁴

José Afonso da Silva, cuja doutrina merece ser seguida, entende que a interferência entre poderes é um instrumento de controle recíproco que visa buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, sendo indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados.¹⁰⁵

Assim, a correção legislativa da jurisprudência significa que a decisão final sobre determinado assunto controvertido não necessariamente terá o seu fim no âmbito do Judiciário. Nova discussão sempre poderá ser gerada no âmbito parlamentar, podendo tomar-se decisão diversa do entendimento jurisprudencial. Marcelo Neves conceitua isso como legitimação do Estado Democrático de Direito pela circularidade e pluralidade de procedimentos: eleição, Parlamento, Judiciário e Administração/ Executivo. Isso impediria uma decisão definitiva excludente.¹⁰⁶

¹⁰²HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *The Federalist*, n. 51, 1788.

¹⁰³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes no Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 103, p. 19, jul.-set. 1989. “São exemplos de controle de correção atribuídos ao Legislativo, entre outros, os seguintes: o julgamento dos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (art. 71, VIII), a rejeição, expressa ou tácita, de medida provisória editada pelo Presidente da República (art. 62, parágrafo único) e a suspensão do estado de defesa, de intervenção federal e do estado de sítio (art. 49, IV, *in fine*).

A correção, em outros casos, poderá ser parcial, deixando intacto o ato, suspendendo apenas sua execução (exequibilidade), como nas hipóteses de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V), na de sustação de atos administrativos pelo Tribunal de Contas (art. 71, X), na de sustação de contratos pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º) e na suspensão de execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, esta a cargo do Sendo Federal (art. 52, X).

Finalmente, como últimos exemplos, o controle de correção que se realiza pela mera declaração vinculativa de legalidade das contas do Presidente da República (art. 49, IX, c/c. art. 85, V e VI), a instauração de processo contra o Presidente da República e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I) e o processamento e o julgamento, pelo Senado, do Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexo com aqueles (art. 52, I) e o processamento e julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, II)”.
¹⁰⁴Idem, *ibidem*, p. 18.

¹⁰⁵SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁰⁶NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 195-196.

A palavra correção neste tema é empregada com o sentido de modificar, mas não necessariamente corrigir. Segundo Sengès, a expressão “correção legislativa” da jurisprudência teria sido adotada pela primeira vez pelo Min. Gilmar Mendes, em sede do Recurso Extraordinário 573.675, no qual se discutia a eventual inconstitucionalidade da EC 39, que instituía a Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública.¹⁰⁷

A possibilidade de reforma de entendimento dos Tribunais Superiores por meio de correção legislativa, no entanto, é antiga. Na Constituição de 1937, havia previsão expressa, no seu art. 96,¹⁰⁸ de que o Parlamento, provocado pelo Presidente, poderia tornar sem efeito decisão dos Tribunais que houvesse declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente.¹⁰⁹

Nesse momento histórico, havia iniciado o período do Estado Novo e a Constituição de Francisco Campos atribuía mais poderes nas mãos do Executivo, em um contexto de Estado forte e sociedade de massas. Padrões sociais deveriam ser rompidos, pois havia interesses maiores de nação, assim, o Judiciário não poderia ter mais força que os outros poderes.

Na Constituição democrática de 1946, por sua vez, não há esse dispositivo, sendo certo que o controle de constitucionalidade será feito pelo STF, sem qualquer afirmação de que o Legislativo poderá reformar sua

¹⁰⁷SENGÈS, Gustavo. *O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial*. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2010.

¹⁰⁸Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

¹⁰⁹A Carta de 1937 contemplava no seu art. 180 a possibilidade do Presidente da República expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União enquanto não se reunir o Parlamento Nacional. Daí por que, o próprio “rei ditador” aproveitando-se da interpretação cominada dos citados arts. 96 e art. 180 baixou o célebre Decreto-Lei 1564, de 05.09.1939, que acabou por suspender decisões judiciais, *verbis*:

“Confirma os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, e para os efeitos do art. 96, parágrafo único.

Considerando que o STF declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.

Considerando que esta decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa de ônus no imposto.

Decreta:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais: ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 1939, 118º. da Independência de 51º da República.

Getúlio Vargas – Francisco Campos – A. de Souza Costa”.

decisão tal como descrito na Constituição anterior, mas sem impedimento de que haja reforma legislativa, como na atual Constituição.¹¹⁰ O mesmo se repete com a Constituição de 1967,¹¹¹ inclusive com a Emenda de 1969.¹¹²

Após a Constituição de 1988, Vital destaca que, em favor da correção legislativa da jurisprudência, dois artigos justificam a legitimidade da atividade interpretativa do legislador. O primeiro deles se consubstancia na interpretação do art. 102, § 2º, da CF/88,¹¹³ uma vez que o Poder Legislativo não está adstrito ao efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade. Por esse entendimento, o Legislativo pode editar norma similar ou de mesmo conteúdo de outra declarada inconstitucional.¹¹⁴ Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se observa pela seguinte

ementa:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode

¹¹⁰Os artigos que tratam de controle de constitucionalidade de leis e atos da Administração Pública são os seguintes:

“Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)

§ 1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)

b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)

Art. 124. Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)

Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.” Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 23.05.2013

Como se pode perceber, o processo de controle é bem reduzido nessa Carta”.

¹¹¹Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 23 maio 2013.

¹¹²Emenda n. 1, de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 23 maio 2013.

¹¹³Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).”

¹¹⁴OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 78. Note-se que se por um lado não há impedimento de que o Legislativo edite a norma igual à outra já declarada inconstitucional, por outro, não há impedimento, também, que a nova norma seja declarada inconstitucional.

ser sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. **Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente.** Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal n. 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.¹¹⁵ – Grifou-se.

No mesmo sentido, está o art. 103-A¹¹⁶ da CF/88, visto que o Poder Legislativo também não está impedido de discutir e de editar normas contrárias às Súmulas Vinculantes. Nas palavras de André Tavares,

uma das formas de renovar a discussão encerrada por súmula vinculante é a de rescindir o legislador na mesma prática legislativa já desabonada pelo STF (cf. Mendes e Pflug, 2005: 371). Nessa prática, contudo, não poderão incidir as demais instâncias constitucionais. Em síntese, pois, poderá haver a edição de lei com conteúdo exatamente idêntico ao de outra objeto de súmula que lhe atrelava a nota da inconstitucionalidade, por exemplo, ou que lhe atribuía eficácia diversa da nova previsão. Nessas situações, consideradas legítimas pela sistemática adotada para a extensão dos efeitos da própria súmula, pode-se considerar que o

¹¹⁵Rcl 2617 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 23.02.2005, DJ 20-05-2005; Rcl 2617 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 23.02.2005, DJ 20.05.2005. Segundo o Min. Sepúlveda Pertence, caso não fosse acolhida a possibilidade dessa modificação estaria comprometendo “a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel de subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da *fossilização da Constituição*” (p. 316). No mesmo julgamento, termina comentando que considera “salutar que o efeito vinculante não alcance o legislador de modo a impedir-lhe a reedição de norma similar ou de conteúdo idêntico. É que, quando o Supremo Tribunal conclui pela constitucionalidade, não estando o próprio Supremo vinculado, a questão pode ser reaberta. Mas não, assim, quando o Supremo declara inconstitucional a lei: aí, a única forma de o tema constitucional, em atenção, às vezes, as mutações constitucionais que a própria história impõe, voltar ao Tribunal é que o legislador edite norma similar” (p. 322).

¹¹⁶Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) (Vide Lei n. 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)”

Legislativo estará a reabrir (uma espécie de legitimidade indireta) a discussão anteriormente encerrada pela edição da súmula vinculante.¹¹⁷

O autor também destaca a influência do Executivo na formação da agenda do Legislativo, como terceiro argumento a favor da legitimidade do Legislativo como intérprete da Constituição. Com isso, a correção legislativa poderia representar um esforço conjunto dos outros dois poderes que possuem legitimidade popular, o que amplia a licitude da medida.

Para Vital, a atividade legislativa é “protagonista da vida política desenvolvida nos espaços de deliberação democrática, sendo quem mais deflagra processo legislativo”.¹¹⁸ Portanto, justificável o seu protagonismo diante das correções legislativas. Assim, se o Estado é protagonista nesse processo, levando em consideração o enorme número de matéria política trazida no corpo da Constituição, ao discordar de entendimento jurisprudencial, o Estado deve se valer da correção legislativa.

Nesse aspecto, vale ressaltar que não existe divergência quanto à possibilidade de haver a correção legislativa da jurisprudência. As discussões se atêm aos limites da mesma. Nas palavras de Barroso:

Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o *quorum* de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos dos processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos). Há precedentes, tanto no direito comparado como na experiência brasileira, nos quais emendas foram aprovadas para alterar interpretações estabelecidas pela Suprema Corte.¹¹⁹⁻¹²⁰

Para Vital, a legitimidade da interpretação constitucional do Legislativo, no Brasil, tem caráter mais pragmático que idealista, uma vez que essa legitimidade seria recomendada ante a natureza extensiva e detalhista do texto constitucional.¹²¹ Contudo, a doutrina da supremacia judicial encontra amplo respaldo doutrinário e no direito positivo.

¹¹⁷TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. REDE. Salvador, IBDP, n. 11, p. 6, jul.-set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2013.

¹¹⁸OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 159.

¹¹⁹BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 69.

¹²⁰Nesse mesmo sentido, Gustavo Vital afirma que “a doutrina da supremacia judicial no que se refere à interpretação constitucional desfruta de amplo amparo doutrinário e no próprio direito positivo brasileiro. Todavia o desenho constitucional brasileiro fornece variados elementos que consagram o entendimento de que o Legislativo também é um intérprete legitimado da Constituição, tendo o poder inclusive de empreender correções legislativas da jurisprudência, observadas determinadas limitações” (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 82).

¹²¹Idem, *ibidem*, p. 88.

Vale ressaltar, nesse debate, a opinião de Grimm, para quem “não há nem uma contradição fundamental nem conexão necessária entre controle judicial de constitucionalidade e democracia”. Essa discussão deve ser pragmática, uma vez que a jurisdição constitucional deve atender às circunstâncias do momento em que há o debate, devendo ser observado o “custo-benefício” dos seus atos.¹²² Para o autor, a supremacia judicial na interpretação constitucional serve de meio a garantir a força normativa da Constituição.

No mais, os argumentos que expõem o tema da supremacia judicial no Brasil foram exaustivamente abordados no tópico sobre ativismo judicial.

Como essa discussão nos Estados Unidos é bem mais antiga (o primeiro precedente a discutir controle de constitucionalidade data de 1807, no caso *Marbury v. Madison*), passa-se ao estudo sobre o modo como esse instituto se manifesta naquele país.

2.2 Correção legislativa no direito norte-americano

Vale começar este tópico com uma breve diferenciação entre os modelos da *Civil Law*, adotado no Brasil, e da *Common Law*, adotado nos EUA, a fim de que se compreenda, mais especificamente, o que realmente poderá ser transportado ao sistema pátrio. Por sua natureza, o sistema americano tem como fonte de direito principal as decisões judiciais, porém, devido às peculiaridades da sua formação, também é dado destaque às leis, principalmente, à Constituição, apesar de esta ser extremamente sintética.

A Constituição norte-americana não prevê quem deve ser o intérprete de suas normas, nem define a composição da sua Suprema Corte. Além disso, o *judicial review* tem alcance sobre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Desse modo, “se por um lado o ordenamento jurídico estadunidense estabelece um rígido processo de elaboração e aprovação de emendas à Constituição, por outro facilita a correção legislativa via lei infraconstitucional”.¹²³

Nesse sentido, Sengès afirma que há três espécies de controle de natureza institucional no direito norte-americano: “a nomeação dos Ministros da Suprema Corte pelo Presidente e aprovação pelo Senado (*judicial appointments*); a possibilidade de alteração numérica da corte (*court packing*) e por fim; o mecanismo de *impeachment* dos magistrados”.¹²⁴

O primeiro mecanismo de controle do Judiciário pelo Legislativo tem sido bem mais efetivo nos EUA do que no Brasil. Após a indicação do nome do futuro Ministro, os nomes devem ser aprovados e vários já foram

¹²²GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, n.4, p. 6, 2006.

¹²³SENGÈS, Gustavo. *O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial*, cit., p. 80.

¹²⁴Idem, *ibidem*, p. 75-76.

rejeitados nesse processo. Muitas vezes, essa sabatina se deve, em grande medida, às disputas políticas entre os dois grandes partidos de lá.

O *court packing* geralmente é utilizado com vistas a pressionar politicamente o Judiciário, para que não cause entraves a políticas públicas do governo, como na época da concretização do *The New Deal*. Nesse momento, a Suprema Corte era muito liberal e só após pressão para que os magistrados se aposentassem por idade, possibilitou-se uma virada no entendimento dos mesmos.¹²⁵

No que toca ao último tipo de controle, vale ressaltar que o *impeachment* de magistrados é uma interpretação extensiva das disposições previstas em relação ao Presidente. A exigência de “bom comportamento”, conceito extremamente vago, já levou à destituição de vários magistrados e de um ministro da Suprema Corte.

O excesso de dificuldade para a alteração da Constituição americana por meio de emenda é compensado pela possibilidade de correção da orientação jurisprudencial por lei ordinária. A fim de acomodar mudança de interesses, o congresso pode simplesmente rejeitar uma interpretação da corte, por meio da publicação de uma lei ordinária. Essa correção aparece como um fenômeno natural, decorrente da alternância dos membros da Suprema Corte ou do Congresso. Além disso, funciona como um processo decisório mais amplo e plural, em que a Suprema Corte nem sempre terá a última palavra.¹²⁶ Essa opinião é compartilhada por Sengès, que defende a “desmistificação do conceito de imutabilidade das decisões do Poder Judiciário”.¹²⁷

Apesar disso, a tese da supremacia judicial da Suprema Corte norte-americana no que tange à interpretação da Constituição ainda é predominante. Isso pode ser observado no clássico exemplo de correção legislativa da jurisprudência representado pelo caso *Texas v. Johnson*,¹²⁸ *Flag Protection Act* e *United States v. Eichman*.

Gregory Lee Johnson, durante a Convenção Nacional Republicana de 1984, quis protestar contra o Governo Reagan e as grandes corporações situadas em Dallas. Para tanto, após marchar por muitas ruas, queimou uma bandeira dos EUA. Ninguém se machucou, mas muitos se sentiram ofendidos com o ato. Johnson foi condenado por vilipêndio a objetos venerados e deveria ser preso e pagar multa, conforme lei do Estado do Texas. Em sede de apelação, ele teve a sua sentença reformada, com base na liberdade de expressão prevista na “Primeira Emenda”. Esse entendimento foi mantido pela Suprema Corte.¹²⁹

¹²⁵SENGÈS, Gustavo. *O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial*, cit., p. 77-79.

¹²⁶Idem, ibidem, p. 81-83.

¹²⁷Idem.

¹²⁸491 U.S. 397 (1989) Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html>. Acesso em: 31 maio 2013.

¹²⁹Idem, ibidem.

Diversos setores da sociedade norte-americana criticaram essa decisão, pressionando uma atitude do Congresso. Com isso, em 1989, foi editado o “Flag Protection Act”, que previa a punição de quem cortasse, queimasse, mantivesse no chão, entre outras formas de “ofensa” à bandeira norte-americana.¹³⁰ Segundo os autores Baum e Hausegger, esse processo de correção legislativa foi influenciado por questões estritamente políticas, ligadas à reeleição de seus apoiadores, uma vez que já se poderia prever a declaração de inconstitucionalidade da Lei.¹³¹

Em 1990, ao julgar o caso *United States v. Eichman* a lei acima referida teve a sua inconstitucionalidade reafirmada. Relembrando o histórico do caso, a Suprema Corte decide pela ausência de justificativa que a leve a superar o entendimento anterior e reitera a liberdade de expressão, mesmo que a sociedade representada pelo Congresso a ache ofensiva ou desagradável.¹³²

Essa discussão não cessou e tentou-se a aprovação por meio de Emenda Constitucional. Essa Emenda não foi aprovada por apenas quatro votos.¹³³

Com isso, percebe-se que a Suprema Corte norte-americana indica que a superação de jurisprudência consolidada em matéria constitucional só pode se dar por meio de emenda constitucional. Isso pode ser verificado no caso *Texas v. Johnson* acima mencionado, e, também, nos casos de *City of Boerne v. Flores*¹³⁴ e *Dickerson v. United States*.¹³⁵

A supremacia judicial nos EUA é defendida, de forma contundente, pelos autores Schauer e Alexander. Com base na decisão *Cooper v. Aron*, em que se afirmou a obrigatoriedade da interpretação conforme entendimento da Suprema Corte, os autores defendem que o Congresso deve acatar toda e qualquer decisão da Suprema Corte. A supremacia judicial constitui escopo fundamental do ideal constitucionalista e dá estabilidade institucional ao jogo de poderes. A superação de precedentes equivocados não precisaria vir por meio da interferência de outro poder, pois naturalmente a Corte seria posta em julgamento quando do surgimento de novas demandas individuais. A exceção a essa regra se daria na hipótese de precedente que interpreta regra

¹³⁰Histórico da proteção à bandeira norte-americana Disponível em: <<http://www.freedomforum.org/packages/first/Flag/timeline.htm>>. Acesso em: 31 maio 2013.

¹³¹BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: MILLES, Mark C.; BARNES, Jeb. (Ed.). *Making Policy, Making Law: na interbranch perspective*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 118-119.

¹³²496 U.S. 310. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/310/>>. Acesso em: 31 maio 2013.

¹³³Histórico da proteção à bandeira norte-americana Disponível em: <<http://www.freedomforum.org/packages/first/Flag/timeline.htm>>. Acesso em: 31 maio 2013.

¹³⁴Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/95-2074>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

¹³⁵Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5525.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

constitucional dirigida aos poderes. Nesse caso, a não obediência ao precedente pode ser o único caminho para sua reconsideração.¹³⁶

Após receber duras críticas, os mesmos autores apresentam novos argumentos em defesa da sua tese. Para os autores, a Constituição deve ser interpretada, em última instância, pela Suprema Corte, por uma questão de desenho institucional, uma vez que ela deve definir o significado dos dispositivos constitucionais. Essa é a função do intérprete, ainda mais em um mundo cheio de desacordos morais e políticos e diante de uma Constituição com muitos dispositivos que admitem interpretação aberta.¹³⁷

Como contraponto à defesa da supremacia judicial nos EUA, aparece o argumento da dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, formulada por Bickel, em 1963.¹³⁸ A questão envolve a legitimidade da negação de uma lei aprovada por um Parlamento eleito democraticamente. Esse assunto já foi discutido no tópico inicial deste trabalho.

Outro movimento que se opõe à supremacia judicial é o do constitucionalismo popular norte-americano. Para os defensores dessa corrente, o intérprete legitimado para definir os conteúdos da Constituição é o povo, que exerce seu poder por meio das instâncias representativas.¹³⁹ Segundo esses, o *judicial review* produz muitos mais malefícios que benefícios, principalmente, por impedir o surgimento de um sentimento de responsabilidade na população e nas instituições democráticas no que tange à interpretação da Constituição.

Na esteira desse mesmo pensamento, está o autor Lipkin, que defende a correção legislativa como solução para problemas de ordem democrática que poderiam ser gerados pelos abusos do *judicial review*. Assim, seria resolvida a questão do déficit democrático que envolve o instituto e a ausência de *accountability*.¹⁴⁰

Para Vital, “as críticas quanto à capacidade institucional do Judiciário formuladas pela doutrina norte-americana parecem bastante adequadas à experiência constitucional brasileira”¹⁴¹ e os aspectos institucionais da Constituição brasileira poderiam levar a um debate ainda mais profundo.

Com isso, passa-se a um novo debate sobre essa questão dos jogos entre poderes.

¹³⁶SCHAUER, Frederick; ALEXANDRE, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

¹³⁷SCHAUER, Frederick; ALEXANDRE, Larry. *Defending judicial supremacy: a reply*. Constitutional Commentary, 2000. v. 17, n. 3. p. 455-482.

¹³⁸BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Have: Yale University Press, 1986.

¹³⁹TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry. *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁴⁰LIPKIN, Robert Justin. With Constitution? Who Decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 23, p. 1056-1132, 2006.

¹⁴¹OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 88.

2.3 Teoria do diálogo constitucional

A doutrina do diálogo constitucional aparece como uma terceira via neste debate. Nem supremacia judicial, nem supremacia do Legislativo, mas uma busca pela convivência harmônica entre constitucionalismo e democracia. No direito constitucional norte-americano, essa teoria começou a ganhar destaque com Louis Fisher, para quem a interpretação constitucional é um processo político que envolve todos os poderes e a população, não podendo se restringir aos juízos da Suprema Corte.¹⁴²

O autor defende um processo de jurisdição constitucional mais aberto, com diálogo compartilhado entre os poderes. Criticando a supremacia judicial, Fischer afirma que a estabilidade institucional quanto à interpretação constitucional só seria alcançada de forma compartilhada, em um processo de definição de direitos.¹⁴³ Há quem defenda que essa é também a essência da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Nenhum poder pode decidir sobre determinado tema de forma exclusiva, cabendo esse debate a todos os poderes de modo contínuo, a fim de almejar um consenso público sobre o mesmo.¹⁴⁴

Pickerill apresenta novos argumentos contra a desmitificação do *judicial review*. Segundo o autor, não há nenhum fim de debate sobre determinado assunto quando o Judiciário decide algo sobre determinado tema. A experiência mostra que todo assunto decidido pelo Judiciário pode ser novamente debatido por meio de emendas constitucionais ou mesmo leis ordinárias. Essas últimas, inclusive, poderiam ter, na sua edição, a observância aos parâmetros que teriam conduzido a anterior declaração de inconstitucionalidade, para se adequar ao texto constitucional.¹⁴⁵

Para o autor, o *judicial review* funcionaria mais como um desvio do projeto inicial da legislação e não como um bloqueio. Com isso, a partir de pesquisa empírica, o autor defende que de 1954 a 1997, em 38% dos casos submetidos ao *judicial review* não houve qualquer resposta do congresso, mas em 36% houve alguma alteração legal para acomodar as preferências da Corte.¹⁴⁶

Conclui o autor que o Congresso não tem pudores em enfrentar as decisões judiciais, mas sempre que pode, procura adaptar a legislação aos parâmetros fornecidos pelas decisões. Assim, defende certa primazia do

¹⁴²FISHER, Louis. Judicial finality or na on ging colloquy? In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). *Making policy, maling law: na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004. p. 153-169.

¹⁴³FISHER, Louis. *Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says*. Extentions. Carl Albert Congressional Research and Studies Center. University of Oklahoma, 2008.

¹⁴⁴BARNES, Jeb. Adversial legalism, the rise of judicial policymaking, and separation-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). *Making policy, maling law: na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

¹⁴⁵PICKERILL, J. Mitchell. *Constitucional deliberation in congress*. Duke: Duke Universit Press, 2004. p. 24.

¹⁴⁶Idem, ibidem, p. 42.

Judiciário na interpretação constitucional, pela sua posição institucional. No Parlamento, a dinâmica das atividades políticas não deixa tanto espaço para discussões constitucionais mais profundas. Contudo, o Congresso não deve ser aliado desse processo, podendo reagir à posição do Judiciário sempre que entendesse conveniente.¹⁴⁷ Nesse aspecto, Vital traz ao debate, com fundamento em autores norte-americanos, a possibilidade de “o Judiciário convidar o Legislativo a adotar uma lei corretiva de seu entendimento jurisprudencial”, quando o Tribunal reconhecer que determinada decisão tomada no âmbito do controle de constitucionalidade não seja a melhor solução para o caso. Nessa hipótese, o Judiciário insta o Legislador a manifestar-se por nova regulação.¹⁴⁸

Essa seria a hipótese ideal, em que o diálogo entre os poderes leva à melhor solução comum. Ao guiar o Legislador, inclusive, o Judiciário indica os parâmetros que permitiriam a constitucionalidade da atitude do Legislador. Um exemplo de caso assim, no Brasil, se deu quando da análise da constitucionalidade da Taxa de Fiscalização Ambiental, instituída pela Lei 9.960/00. No julgamento da MC na ADIn 2178, decidiu-se pela inconstitucionalidade, com a seguinte ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 8º DA LEI N. 9.960, DE 28.01.2000, QUE INTRODUZIU NOVOS ARTIGOS NA LEI N. 6.938/81, CRIANDO A TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TFA). ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTIGOS 145, II; 167, IV; 154, I; E 150, III, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novel tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, a forfait, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada. Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA.

Medida cautelar deferida.¹⁴⁹

Nesse caso, percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade deu-se pelo erro na forma da elaboração da Lei, que caracterizou como fato gerador a atividade exercida pelo contribuinte e não o serviço prestado pelo ente público e não estabeleceu alíquotas que garantissem a isonomia na aplicação da taxa. Sete meses depois, foi encaminhado novo projeto de lei ao Congresso de modo a modificar a legislação existente e instituir a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, com as alterações dirigidas pelo STF.

¹⁴⁷Idem, p. 152-153.

¹⁴⁸OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p.161.

¹⁴⁹Tribunal Pleno, ADIn 2.178 MC/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.03.2000.

Esse projeto virou a Lei 10.165/2000, que teve sua constitucionalidade reconhecida no julgamento do RE 416.601, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, julgado pelo Pleno em 10.08.2005. Nesse julgamento, atestou-se a constitucionalidade por “entender extirpados pela lei superveniente os vícios de inconstitucionalidade existentes na lei derogada”.

2.4 Limites da correção legislativa da jurisprudência e o exame de sua constitucionalidade

A correção legislativa da jurisprudência não pode se dar sem limites, indo de encontro à confiança outrora depositada pelo povo. Essas modificações devem observar parâmetros de legalidade e razoabilidade e podem ter seus efeitos mitigados pelos juízes, para atenuar as mudanças. Nas palavras de Derzi:

As modificações de jurisprudência não podem configurar surpreendentes “reviravoltas” judiciais, sem que o juiz atenuar os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais (jurisprudência) superados.

A partir desse pensamento, passa-se ao estudo dos possíveis limites impostos ao legislador na tentativa de modificação da jurisprudência consolidada.

2.4.1 *Limites formais*

Quando há a negativa de constitucionalidade de uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional, pode-se superar essa negação com o procedimento descrito anteriormente, ou seja, a correção pelo legislador com a formulação de nova lei, a partir das indicações fornecidas pelo Judiciário. No caso de interpretação que verse sobre texto constitucional é diferente, já que a alteração seria no próprio corpo da Constituição.¹⁵⁰ Como já afirmado, não há limite formal que obste a edição de ato normativo pelo Legislativo em sentido idêntico ao declarado inconstitucional pelo Judiciário.¹⁵¹

Por exemplo, caso o STF declare a inconstitucionalidade de determinado ato normativo em um dia, nada impede que, no dia seguinte, seja editado outro ato normativo, de conteúdo idêntico ao declarado inconstitucional. Para que esse segundo ato seja anulado, será necessária nova ação de inconstitucionalidade. Assim, percebe-se que não há impedimento, também, de que o Legislativo possa tentar modificar entendimento

¹⁵⁰Sobre esse ponto, ensina Grimm “Há uma diferença importante entre a lei infraconstitucional e a norma constitucional. Se o Legislativo entende que a interpretação conferida a uma determinada lei infraconstitucional é inaceitável, ele pode alterar o programa da lei e, dessa forma, mudar a jurisprudência das cortes. Com relação às leis infraconstitucionais, o Legislativo tem a última palavra. Por sua vez, o Direito Constitucional e, por consequência, também a interpretação das cortes acerca da constituição, vinculam o Legislador. No caso de visões conflitantes, é a corte constitucional e não o Legislativo que tem a última palavra em matéria constitucional. É verdade que as cortes constitucionais também podem ser reprogramadas através de emendas, mas tal correção por parte do Legislativo é, normalmente, difícil de obter” (GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia cit., p. 15-16).

¹⁵¹Arts. 102, § 2º e 103-A, da CF/88.

do Supremo por meio de legislação infraconstitucional. Contudo, a viabilidade dessa atitude, na prática, é discutível.

Como se demonstrará no terceiro capítulo deste trabalho, existe caso em que o STF aceitou a modificação da jurisprudência por meio de lei, mas não é a regra. Diante desses questionamentos, Vital propõe alguns parâmetros a serem seguidos:

Alterações na regulação de temas decididos pelo STF com fulcro em interpretação de conteúdos constitucionais devem ser, em regra, veiculados por intermédio de emendas ao texto constitucional. Variadas razões podem justificar tal parâmetro: a segurança jurídica, as considerações já explicitadas por Schauer e Alexander acerca da importância para a estabilidade institucional da definição de um intérprete com autoridade no âmbito da interpretação constitucional e a própria garantia da efetividade da Constituição que, pelo figurino constitucional positivo brasileiro, é atingida ainda precipuamente pela supremacia judicial.¹⁵²

Para o autor, o uso da correção legislativa por leis infraconstitucionais só deve se dar em situações que se pode realmente verificar a possibilidade de mudança de entendimento. Ele identifica duas hipóteses. A primeira é quando o Tribunal, por meio de mudança de entendimento de um tema geral, que tem aplicação uniforme a dois dispositivos constitucionais, mas que teve o julgamento alcançando apenas um deles. Nesse caso, pode-se entender que, por analogia, haveria extensão desse entendimento para o outro dispositivo.¹⁵³

Esse caso é o que se discutiu na hipótese da progressividade dos impostos reais. No RE 562.045, o Tribunal reformou seu entendimento para declarar constitucional lei que tratava da progressividade no ITDCM do Rio Grande do Sul.¹⁵⁴ Será que esse não é o recado para o Legislador, de que a Corte Suprema está madura para evoluir e modificar entendimento relativo a impostos reais, admitindo a progressividade do IPTU, por exemplo?

O segundo caso em que se admitiria a correção legislativa por meio de lei seria na hipótese de julgamento travado em situações peculiares, que, diante de novo julgamento, em nova circunstância, poderia reverter o entendimento sem a necessidade de recorrer à emenda constitucional.¹⁵⁵ O autor exemplifica essas situações com a seguinte narração:

Se precedente foi adotado por apertada maioria no âmbito do STF, há indicação de que o tema não atingiu o grau de pacificação necessária que tornaria injustificada a edição de lei ordinária corretiva. Se aliarmos tal circunstância ao fato de que, após o precedente, adotado

¹⁵²OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 172-173.

¹⁵³OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 173.

¹⁵⁴Vide tópico abaixo.

¹⁵⁵OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 174.

por maioria apertada, houve mudança significativa na composição dos membros do STF (o que efetivamente ocorreu nos últimos anos), a probabilidade de ocorrer mudança significativa justificaria a viabilidade de a correção legislativa ser veiculada por intermédio de lei ordinária, de forma que a questão pudesse ser novamente avaliada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da nova legislação. Outra circunstância que reforçaria a legitimidade da medida legislativa seria o fato do precedente que originou a jurisprudência que se quer corrigir tenha contrariado o entendimento histórico do Tribunal acerca da matéria.¹⁵⁶

O exemplo que reúne essas características é o julgamento da constitucionalidade do ISS sobre locação de bens móveis. Após mais de trinta anos de jurisprudência pacificada quanto à constitucionalidade da matéria, foi decidido, no RE 116.121, que ela seria inconstitucional, em julgamento que teve a seguinte ementa:

TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.¹⁵⁷

Logo após esse julgamento, a composição do STF foi alterada em cinco Ministros. Nesse período, foi elaborada a Lei Complementar 116/2003, que buscou a correção da jurisprudência ao incluir na lista dos serviços tributáveis “serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres”. Contudo, essa lei não teve melhor sorte, uma vez que o assunto foi objeto da Súmula Vinculante 31:

É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Por fim, conclui Vital que mesmo nesses exemplos de correção legislativa por meio de lei ordinária a “rigidez constitucional não é comprometida ao ponto de tornar ilegítima a atuação do legislador”.¹⁵⁸ Esse, inclusive, foi o entendimento do STF no julgamento da progressividade dos impostos reais, porquanto adota a modificação constitucional como fundamento da própria mudança do seu posicionamento, reconhecendo a possibilidade da progressividade de alíquotas do IPTU pós EC 29/2000.¹⁵⁹

¹⁵⁶Idem, ibidem, p. 174.

¹⁵⁷Tribunal Pleno, RE 116121/S, rel. Min. Octavio Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2000.

¹⁵⁸OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 176.

¹⁵⁹Nesse aspecto, vale ressaltar que o legislador “atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional” (HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 27).

2.4.2 Limites materiais

Inicialmente, vale ressaltar que não há qualquer inconstitucionalidade da alteração da Constituição por meio de emenda constitucional que vise a alterar entendimento jurisprudencial, por afronta à cláusula pétrea da separação dos poderes. Sob a ótica da Corte Constitucional brasileira, somente na hipótese de emenda emanada pelo constituinte derivado que pretenda abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV) é que ocorreria uma norma superveniente inconstitucional. Esse tipo de ruptura com a ordem constitucional vigente só poderia ocorrer por meio do poder constituinte originário.¹⁶⁰

Desse modo, caso a emenda não seja contrária às cláusulas pétreas, não há fundamento para sua invalidação. Nesse aspecto, é também criticável o alargamento das interpretações de cláusulas pétreas pelo STF, a fim de controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais corretivas, sob pena de violação do princípio democrático. Sobre a interpretação das cláusulas pétreas, Sarmiento destaca o seguinte:

O que desejamos enfatizar é que, para que as cláusulas pétreas não se convertam num instrumento antidemocrático, de tirania constitucional de uma geração sobre as seguintes, elas têm que ser interpretadas à luz do princípio democrático, como garantias das condições de possibilidade de uma democracia efetiva e substancial, instituídas para impedir que a empreitada intergeracional de construção de um destino coletivo por pessoas livres e iguais não se perca no caminho, tragada por adversidades, miopias, paixões momentâneas ou fraquezas.¹⁶¹

Com efeito, no *leading case* julgado pelo STF sobre a constitucionalidade do IPMF, ficou assentado que todos os demais princípios constitucionais tributários dispostos fora do art. 5º da CF, que trata dos direitos e garantias individuais (fundamentais) a que alude o art. 60, § 4º, IV, do mesmo diploma, não podem ser abolidos, o que implica afirmar que toda e qualquer emenda que pretenda mitigar ou afastar a aplicação, *v.g.*, das limitações ao poder de tributar (CF, art. 150 e ss.), deve ser considerada inconstitucional por ofensa a uma cláusula pétrea, *verbis*:

Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de Inconstitucionalidade de emenda Constitucional e de lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F.

¹⁶⁰Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em corrente minoritária, defende que possa haver uma “dupla revisão” ou “dupla reforma”, uma primeira reforma alterando o rol das cláusulas pétreas e outra reforma com a alteração a que se busca, com o chamado poder constituinte evolutivo (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significado e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 202, p. 11-17, out.-dez. 1995). Nas palavras de Canotilho: “A existência de limites absolutos é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da dupla revisão. Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites. Num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela Constituição adquiriram um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almeida, 1992. p. 1138).

¹⁶¹SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais* – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c”, e “d”, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C. F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, a art. 150, III, “b” da Constituição);

2º – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da CF).¹⁶²

Bobbio assevera que quando dois princípios são igualmente aplicáveis ou conflitantes ocorre uma antinomia de valores.¹⁶³ É bem verdade que há casos concretos em que a antinomia é meramente aparente, sendo desnecessária a correção, posto que sanável mediante a ponderação.

Lobo Torres, invocando a doutrina de Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy, vaticina que a ponderação utilizável em determinadas situações faz com que o intérprete aplique o princípio com peso maior que outro, sem daí se poder concluir pela superioridade de qualquer deles.¹⁶⁴

Daí por que será analisado, no Capítulo 3 deste estudo, se as legislações corretivas supervenientes colocam em cheque princípios constitucionais. Cabe, desde já, reiterar que no direito brasileiro não se afasta a aplicação de norma por ilegitimidade, tal como preconizado por Joaquim Lang. O citado autor, ao discorrer sobre a plena constitucionalidade da correção legislativa, ressalva, expressamente, que a sua legitimidade é aferida nos casos em que o legislador é movido pelos seguintes objetivos:

- a) manter o caráter sistêmico do direito tributário;
- b) adequar a interpretação de normas específicas aos pressupostos dogmáticos em que se deve apoiar.¹⁶⁵

Somente nesses casos, averba o substituto de Klaus Tipke na cátedra da Universidade de Colônia, a igualdade e a segurança jurídica não são prejudicadas com a correção, mormente quando a jurisprudência se apresenta de forma contraditória e incompleta ou se contrasta com os princípios gerais do direito.¹⁶⁶

¹⁶²STF, ADIn 939-7/DF. rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.1994.

¹⁶³Apud PIRES, Adilson Rodrigues. *Contradições no direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 24.

¹⁶⁴TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, cit., p. 46.

¹⁶⁵Apud TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, p. 16, abr.-jul. 1993.

¹⁶⁶Idem, ibidem, p. 16.

Por fim, pode-se terminar este tópico com a proposição de Vital para que, quando do julgamento da constitucionalidade de uma emenda constitucional corretiva, o STF deva analisar criticamente a sua jurisprudência que deu origem a essa reação do Legislativo, para verificar a possibilidade de superação de seu entendimento.¹⁶⁷

2.5 Segurança jurídica *versus* correção legislativa da jurisprudência

Ao cotejar o fenômeno da correção legislativa da jurisprudência e o instituto da segurança jurídica, verifica-se que há situações em que o exercício da função legiferante ocorre, justamente, para prestigiar a confiança na justeza do ordenamento jurídico. Isso ocorre, por exemplo, quando o reconhecimento prévio de inconstitucionalidade se dá pelo descumprimento de uma regra de natureza formal e a nova norma (antes inconstitucional) é editada respeitando os requisitos formais exigidos pelo próprio processo legislativo.¹⁶⁸ Outro exemplo se materializa quando a inconstitucionalidade se dá por ausência de dispositivo constitucional expresso regulando o tema e o constituinte derivado supre a lacuna outrora existente.¹⁶⁹

Da mesma forma, preserva-se a segurança jurídica quando o Poder Legislativo edita nova lei corrigindo vício material apontado pelo Pretório Excelso, conduzindo a situação regrada pela norma à moldura constitucional, tal como estudado no Caso da Taxa de Fiscalização Ambiental no capítulo sobre teoria do diálogo constitucional. Em ambos os momentos mencionados, a *mens legis* está, a rigor, se curvando ao entendimento jurisprudencial esposado.

Panorama diverso se põe quando a correção legislativa da jurisprudência tem por escopo “contornar” a linha de entendimento pretoriano, externando o inconformismo do legislador pátrio com a interpretação conferida ao assunto pelo Tribunal Constitucional.¹⁷⁰ Nesse aspecto, Lodi afirma que o entendimento pretoriano consolidado se constitui objeto de confiança dos cidadãos. Desse modo, embora o princípio da proteção à

¹⁶⁷OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 180-181.

¹⁶⁸Vide o Processo Legislativo previsto na Constituição, art. 59 e seguintes.

¹⁶⁹O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê no parágrafo primeiro do art. 82 que para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital poderá ser criado adicional na alíquota do ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos. Todavia, inexistente lei fixando quais seriam estes produtos. Indaga-se: energia elétrica e telefonia, onde grande parte dos Estados criaram incidência sobre, podem ser considerados supérfluos? Parece que não. Sobre o tema já pude me manifestar em: ANTONELLI, Leonardo Pietro. Fundos públicos fora da linha de pobreza. *Revista Custos Brasil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 9, p. 66-70, jun.-jul. 2007.

¹⁷⁰Joaquim Lang, ao discorrer sobre a plena constitucionalidade da correção legislativa, ressalva, expressamente, que a sua legitimidade é aferida nos casos em que o legislador é movido pelos seguintes objetivos: a) manter o caráter sistêmico do direito tributário; b) adequar a interpretação de normas específicas aos pressupostos dogmáticos em que se deve apoiar (Apud TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária, cit., p. 16).

confiança não deva restringir a evolução e o desenvolvimento da ciência do direito, grandes rupturas jurisprudenciais só devem produzir efeitos para o futuro, sempre ponderando “entre a dignidade da confiança e as razões que fundamentam a alteração jurisprudencial”.¹⁷¹

Derzi vai um pouco além, explica que o Direito Público é digno de proteção em seu conteúdo, a saber:

(a) A continuidade da ordem jurídica, associada ao princípio da segurança, fruto do Estado de Direito, em que a confiabilidade do ordenamento jurídico e a previsibilidade das intervenções do Estado conduzem à proteção da confiança; **(b) a proteção da continuidade, do ponto de material**, em que o raciocínio se vincula, em sequência, especificamente, à proteção da propriedade e do patrimônio pelo Direito Constitucional, e a outros direitos e garantias fundamentais; **(c) a fidelidade ao sistema e à justiça**, que conduzem ao princípio da proteção da confiança, desenvolvida por seu efeito garantidor da igualdade, em especial no direito ao planejamento; **(d) a proteção da disposição concreta ou do investimento**, como circunstância decisiva no Direito Privado, como o componente subjetivo do “valor da segurança jurídica” segundo CANARIA, converte-se no Direito público, em mera **prática da confiança como** indicador, que deve evidenciar uma relação causal entre confiança e a decisão tomada pelo cidadão, em face dos atos e omissões do Estado.¹⁷²

Segundo Alves, a segurança jurídica fundamenta direito subjetivo implícito a um sistema tributário justo, que decorre da justiça fiscal. Por esse motivo, o autor defende que “a tributação *pode* – e, levando-se em conta o valor da solidariedade constitucional, *deve* – servir como meio de redução das desigualdades sociais e regionais”. Segundo seu raciocínio, essa justiça fiscal se faria por meio da progressividade, uma vez que “de nada adiantaria instituir um tributo isolado que distribui renda se, no somatório de todos os tributos que oneram os cidadãos brasileiros, tivermos um efeito contrário de concentração de renda”.¹⁷³

Assim, construindo análise sobre a eficácia das normas constitucionais, baseando-se em posição doutrinária de Bandeira de Mello, Alves afirma que “a regra da redução das desigualdades sociais e regionais dá aos interessados, no mínimo, o direito de se contraporem ‘aos atos legislativos e infralegislativos praticados em antagonismo com previsão constitucional’”.¹⁷⁴ Assim, “a justiça fiscal, enquanto densificação do princípio da justiça social, também gera, logicamente, um direito subjetivo a uma ordem tributária que seja, no todo, redutora de desigualdades sociais. Se o Estado legisla em sentido contrário, viola esse direito”.¹⁷⁵

O autor afirma que todos os doutrinadores brasileiros convergem no sentido de que o princípio da segurança jurídica no Brasil reforça a ideia de que a legislação tributária deve ser condizente com a justiça fiscal,

¹⁷¹RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 239-240.

¹⁷²DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. 593.

¹⁷³ALVES, Henrique Napoleão. Segurança jurídica e a teoria do direito subjetivo à justiça fiscal. In: DERZI, Misabel (Coord.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 527.

¹⁷⁴DERZI, Misabel (Coord.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*, cit., p. 525.

¹⁷⁵Idem, *ibidem*, p. 528.

buscando a concretização de direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, assegura Humberto Ávila que “no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”. Com isso, Ávila assevera o seguinte:

Se não há regra expressa garantindo a proteção da expectativa de direito – mas ela é necessária à implementação de um estado de confiabilidade e de estabilidade para o cidadão –, ela deverá ser resguardada com base direta no princípio da segurança jurídica. Nesses casos, há princípios que atuam diretamente.¹⁷⁶

Desse modo, não há qualquer incompatibilidade na releitura do princípio da segurança jurídica à luz da justiça social. A segurança jurídica estabelecerá um ideal de previsibilidade do Estado, com vistas à estabilidade das relações entre Poder Público e cidadãos. Nessa linha de pensamento, afirma Alves: “não se pode falar em continuidade ou estabilidade do princípio da justiça social se o país exibe uma tributação que vai no sentido contrário do que as normas constitucionais apregoam, concentrando renda ao invés de aplacar desigualdades.”¹⁷⁷

Nesse mesmo sentido, afirma Derzi que a responsabilidade pela confiança seria um princípio ético-jurídico, pois teria uma dimensão temporal importante, sempre presente quando da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Assim, assevera que “a proteção da confiança envolve uma relação no tempo: o fato da confiança, situado no passado; a confiança que persiste no presente; a confiança que se projeta para o futuro”.¹⁷⁸ Com isso, a autora inicia sua obra sustentando a fundamentação jurídica constitucional da justiça fiscal no direito brasileiro:

A Constituição da República de 1988, ao erigir a República Federativa em Estado Democrático de Direito, construiu um sistema tributário norteado pelo reforço ao federalismo e dirigido pela igualdade, capacidade contributiva, segurança e certeza do Direito, mostrando-se pródiga em normas limitadoras do poder de tributar e, secularmente inspiradas pela Ciência das Finanças.¹⁷⁹

Alves destaca a importância da segurança jurídica dentro do Estado de Direito, a fim de garantir estabilidade na posição do cidadão como “sujeito de direitos”, resguardando-os do risco e do arbítrio. Por esse motivo, a segurança é colocada como um dos valores supremos do Estado brasileiro, na Constituição. Assim, conclui o autor que “se há um direito subjetivo em face do Estado, a posição jurídica por ele assegurada é projetada no tempo pela segurança jurídica, que exige do Estado que aja em consonância a essa projeção, *i.e.*, à expectativa concreta de direito”.¹⁸⁰ Nesse mesmo sentido, está García Nóvoa, para quem o instituto guarda uma suprapositividade.¹⁸¹

¹⁷⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 97.

¹⁷⁷ALVES, Henrique Napoleão. *Segurança jurídica e a teoria do direito subjetivo à justiça fiscal*, cit., p. 529.

¹⁷⁸DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência*, cit., p. XXIII-XXIV.

¹⁷⁹Idem, *ibidem*, p. 1.

¹⁸⁰ALVES, Henrique Napoleão. *Segurança jurídica e a teoria do direito subjetivo à justiça fiscal*, cit., p. 522.

¹⁸¹GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 36.

Muito se discute se a segurança jurídica seria um valor ou princípio,¹⁸² ou ambos. Valor porque cuida de um postulado básico do ordenamento e princípio porque se mostra como uma “norma jurídica qualificada”.¹⁸³ De toda forma, a despeito das eventuais divergências doutrinárias, é certo que ligado ao conceito de segurança jurídica há a noção de que seja valor ou princípio.¹⁸⁴

Como será enfrentado no estudo de casos concretos, o Guardião da Constituição, nos *hard cases*, iterativamente tem que fazer uma ponderação de valores. A tendência da Suprema Corte atualmente é privilegiar a justiça fiscal em detrimento da segurança jurídica. Essa tendência é, conseqüentemente, observada quando estão em jogo os princípios decorrentes destes valores, por exemplo, legalidade *versus* capacidade contributiva. Há casos estudados, como no caso da contribuição SAT em que o princípio da legalidade em matéria tributária é mitigado. Idêntica questão é analisada quando a Corte privilegia a capacidade contributiva em detrimento da legalidade/segurança jurídica, tal como no estudo sobre o imposto incidente sobre a transmissão *causa mortis* e doação.

Com a crise do positivismo, já relatada no tópico inicial deste trabalho, fortaleceu-se a ideia de que a norma não se resume ao seu texto, pois só se completa quando efetivamente atinge o fim esperado.

3 A CORREÇÃO LEGISLATIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO – ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS

3.1 Antinomia do STF em matéria infraconstitucional

Nesse ponto, passa-se a avaliar o comportamento do STF perante a teoria do diálogo constitucional, em como tem sido o entendimento dos Ministros ante as tentativas de modificação da jurisprudência consolidada no Tribunal por meio de Lei Ordinária.

O primeiro paradigma analisado é o caso da ADIn 2.860-DF, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence e julgada em 15.09.2005, em que se discutia a constitucionalidade da Lei 10.628/2002. Ao acrescentar o § 1º ao art. 84 do CPP, essa lei determinou que a competência especial por prerrogativa de função no processo condenatório

¹⁸²Em matéria tributária, a configuração da segurança jurídica se apresenta por meio da fixação de inúmeros princípios constitucionais, especialmente os axiomas da legalidade (art. 150, I, CF/88), irretroatividade tributária (art. 150, III, a, CF/88), anterioridade tributária (art. 150, III, “b”, CF), capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88), vedação ao confisco (art. 150, IV, CF/88) e o princípio da confiança legítima do contribuinte.

¹⁸³CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 85.

¹⁸⁴Para Lodi, “A segurança jurídica, valor fundamental de todos os direitos, é uma radical necessidade antropológica da civilização ocidental, que se revela como um fator primário que impulsionou os homens a construir uma sociedade e um direito” (RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*, cit, p.1).

prevaleceria mesmo após cessar a investidura na função, indo de encontro ao cancelamento da Súmula 394¹⁸⁵ e restabelecendo o entendimento anterior.

Ao julgar a ADIn acima referida, o Min. Pertence declara a inconstitucionalidade formal da Lei 10.628/2002, sob o fundamento de que norma inferior não poderia alterar o julgamento de interpretação de lei fundada exclusivamente na Constituição, norma de hierarquia superior. No mesmo sentido, está a ADIn 2.797-DF, julgada em 15.09.2005,¹⁸⁶ pelo relator Sepúlveda Pertence. Nas suas palavras:

[...] Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. [...]

A tese vencedora desses dois recursos leva a crer que o Tribunal não estaria aberto ao diálogo constitucional com os demais Poderes do Estado, no que tange à interpretação de cláusulas constitucionais. Isso porque a interpretação diversa da sua funcionou como questão preliminar que impediu a apreciação do mérito dos recursos.¹⁸⁷

Em outro caso, o STF teve postura totalmente oposta. Foi quando do julgamento da ADIn 3.772-DF, julgamento em 29.10.2008. Nesse recurso, discutiu-se a validade da Lei 11.301/2006, que acrescentou parágrafo ao art. 67 da Lei 9.394/96, que estabeleceu o seguinte:

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

[...]

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento

¹⁸⁵Cancelada *ex nunc* por ocasião do Julgamento do Inq 647-QQ, rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, j. 25.08.1999, DJ 08.10.2001. Na íntegra: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

¹⁸⁶Ação julgada procedente por maioria, nos termos do voto do rel. Min. Sepúlveda Pertence. Acompanharam o relator os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. O Min. Nelson Jobim estava ausente.

¹⁸⁷OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 111.

de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.¹⁸⁸

Essa lei ia de encontro à Súmula 726, do STF, que consolidava o seguinte entendimento: “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de aula”. Na mencionada ADIn, foi discutida a incongruência entre as duas interpretações da lei. Porém, o entendimento final foi diverso, sendo a ação julgada parcialmente procedente, tendo sido proferida a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I – A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III – Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra.¹⁸⁹

Com essa decisão, apenas os especialistas em educação ficaram excluídos do benefício previdenciário. Apesar de o STF ter admitido que lei ordinária modificasse seu entendimento consolidado, a questão da legitimidade para tanto não foi discutida. O debate central cingiu-se ao mérito do julgado, ou seja, à possibilidade de aposentadoria diferenciada para professores e em que condições.¹⁹⁰

¹⁸⁸Lei 9.394/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

¹⁸⁹Ação julgada parcialmente procedente, por maioria de votos, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso. Vencidos o relator Ministro Carlos Britto, Ministra Cármen Lúcia e Ministro Joaquim Barbosa (a fim de manter o precedente da corte), por julgarem a ação totalmente procedente e a Ministra Ellen Gracie, por julgar improcedente no todo. Ausentes Gilmar Mendes e Menezes Direito. Aqui não se discutiu a forma, o confronto entre Legislativo e Judiciário, mas tão somente o mérito da questão colocada em cheque.

¹⁹⁰Para Gustavo Oliveira, “o exercício da jurisdição constitucional pelo STF é exercido de forma bastante diversa se adotada a tese da supremacia judicial sem os temperamentos da teoria do diálogo constitucional. A adoção da supremacia extremada conduz a uma postura de antipatia irrefletida a leis que tenham o viés corretivo da jurisprudência da corte em matéria constitucional, não criando um clima propício para que a corte possa reavaliar o acerto do próprio entendimento jurisprudencial que gerou a reação do legislativo. A tendência da corte será rejeitar de início a correção legislativa sob a argumentação única de que desrespeitou a postura adotada pelo STF que constitui o intérprete final da Constituição, sem preocupar-se com as razões que levaram o Legislador a adotar tal norma corretiva, ou seja, sem possibilitar que temas de relevância possam ser rediscutidos” (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 117. Para o mesmo autor, o contraponto seria a mitigação da supremacia judicial pela teoria do diálogo constitucional, que permitiria nova discussão do tema no STF (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 118).

Nesses precedentes emblemáticos, o STF deu respostas contraditórias à possibilidade de correção legislativa da jurisprudência por meio de legislação infraconstitucional, o que demonstra certa antinomia ou certo pragmatismo em seu comportamento. A partir desse raciocínio, afirma Vital:

Não há impedimento de que o Legislativo, por meio de ato infraconstitucional, pretenda modificar entendimento jurisprudencial do STF acerca da interpretação da Constituição. Todavia, o que pretendemos investigar não é a possibilidade em tese de o Legislador fazê-lo, mas sim *qual a viabilidade desta atitude atingir na prática o objetivo de modificar a regulação da matéria*, fazendo prevalecer entendimento contrário à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Com esse raciocínio, o autor estabelece o seguinte parâmetro para a modificação do entendimento do STF pelo Legislativo. Quando essas alterações visam atingir temas decididos com fulcro em interpretação de conteúdo constitucional, “devem ser, em regra, veiculados por intermédio de emendas ao texto constitucional”.¹⁹¹

Outro exemplo claro de como essa antinomia se manifesta hoje está descrita no tópico 3.2.2, em que se apresenta um caso de reforma de entendimento consolidado do STF, motivado por meio de Lei, no que tange à progressividade dos impostos reais.

3.2 Da antinomia do STF em matéria constitucional

Será exposta neste tópico a antinomia do STF ao lidar com a possibilidade de correção legislativa por meio de emenda constitucional. Por exemplo, no caso dos impostos reais, em jurisprudência antiga e pacífica, a Suprema Corte mantinha entendimento no sentido de não ser possível a progressividade dos impostos reais, por ferir os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, conforme será demonstrado adiante. Em alguns movimentos legislativos recentes, o Congresso demonstrou interesse na necessidade da progressividade dos impostos reais e assim o fez por meio de emendas constitucionais. Com isso, o assunto foi retornando ao debate e já houve decisão do STF no sentido de se admitir a progressividade de imposto real, independentemente de autorização expressa constitucional e por força de lei ordinária estadual.

A fim de aprofundar o estudo do tema, destacam-se as seguintes Emendas Constitucionais, em matéria tributária, que o legislador constituinte promulgou com o objetivo de corrigir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a) Emenda Constitucional 29, de 13.09.2000

IPTU

“Art. 156.....”

“§1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá:”

“I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e”

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

¹⁹¹Idem, ibidem, p. 172.

.....”
b) Emenda Constitucional 33, de 11.12.2001

ICMS

“a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem, ou serviço;”

c) Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002

CIP

“Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica”.

Nesses três exemplos acima, o Supremo Tribunal Federal havia decidido em favor dos contribuintes em face das legislações Estaduais e Municipais, reconhecendo a inexistência da relação jurídico-obrigacional que lhes obrigasse recolher os tributos na forma estabelecida nas respectivas leis, a saber:

a) Progressividade do IPTU:

Como imposto de natureza real que é, incidindo sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município (CTN, art. 32), o IPTU não pode variar na razão da presumível capacidade contributiva do sujeito passivo (proprietário, titular do domínio útil ou possuidor); a única progressividade admitida pela CF/88, em relação ao mencionado tributo, é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos dos arts. 156, § 1º, e 182, § 4º, II, da CF. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade de norma legal do Município de Belo Horizonte que estabelecia a progressividade de alíquotas do IPTU (Lei 5641/89), segundo o valor e a localização do imóvel. Vencido o Min. Carlos Velloso, que admitia a utilização de alíquotas progressivas no IPTU tanto para fins puramente fiscais (CF, art. 145, § 1º), como para fins extrafiscais de política urbana (CF, art. 182, § 4º, II). RE 153.771-MG, rel. Min. Moreira Alves, 20.11.96.¹⁹²

b) ICMS na importação:

Por pessoa física:

A regra do art. 155, § 2º, IX, a, da CF — que determina a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento — não se aplica às operações de importação de bens realizadas por pessoa física para uso próprio. Com base nesse entendimento, firmado pelo Plenário no julgamento do RE 203.075-DF (Sessão de 5.8.98, v. em Transcrições do Informativo 128 o voto condutor da decisão), a Turma deu provimento a recurso extraordinário para eximir particular do pagamento do ICMS de veículo importado para uso próprio. RE 202.714-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 24.11.98.¹⁹³

Por pessoa jurídica para integrar ativo fixo ou consumo:

A regra do art. 155, § 2º, IX, a, da CF — que determina a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo

¹⁹²Informativo STF n. 54.

¹⁹³Informativo STF n. 133.

ou ativo fixo do estabelecimento – não se aplica às operações de importação de bens realizada por pessoa jurídica que não seja contribuinte do ICMS. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que excluiu da incidência do ICMS a importação, por pessoa jurídica, de um aparelho de mamografia a ser utilizado na realização de exames radiológicos. Vencido o Ministro Ilmar Galvão, relator, que dava provimento ao recurso extraordinário, por entender que o ICMS incide na importação de qualquer bem. Precedente citado: RE 203.075 (DJU de 29.10.99). RE 185.789-SP, rel. originário Min. Ilmar Galvão, red. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, 3.2.2000.¹⁹⁴

Súmula STF 660:

Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.

c) Contribuição de iluminação pública:

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (CF, art. 145, II). Com base nesse entendimento, o Tribunal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários (v. Informativo 138), por votação unânime, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Niterói – RJ (arts. 176 e 179 da Lei n. 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do Município de Niterói-RJ). RREE 231.764-RJ e 233.332-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.3.99.¹⁹⁵

Nesses três exemplos, havia decisões reiteradas e por maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o afastamento da exigibilidade das exações na forma preconizada pelas legislações de centenas de Estados e Municípios.

E o que fez o legislador constituinte derivado? Promulgou sucessivas Emendas Constitucionais, que ora serão analisadas caso a caso.

3.2.1 Da necessidade de previsão constitucional para a progressividade de imposto real – o caso IPTU

Ensina Boquimpani que o IPTU tem sua regra-matriz sempre vinculada ao princípio da legalidade, jungida ao estabelecido em lei. Essa, por sua vez, deve sempre ser adequada aos princípios “democrático, republicano, federativo, da tripartição de funções, do Estado Social Democrático de Direito, da justiça social, da igualdade, da capacidade contributiva, do mínimo vital, do não confisco”, com o fim de realizar uma “sociedade justa livre e solidária”.¹⁹⁶

Conforme relatado acima, há casos em que o STF já admitiu a reformulação da sua jurisprudência por meio de legislação infraconstitucional. Esse não é o caso do IPTU. A EC 29 traz como grande inovação o surgimento de alíquotas progressivas para o IPTU em razão do valor do imóvel, questão muito combatida pela

¹⁹⁴Informativo STF n. 176.

¹⁹⁵Informativo STF n. 141.

¹⁹⁶BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 102.

jurisprudência, e seletivas em função da sua localização e sua destinação. A questão da progressividade está intimamente ligada ao princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva está consagrado no art. 145, § 1º, da CF que “*sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*”. Segundo a melhor doutrina, capitaneada por Lobo Torres,¹⁹⁷ esse princípio está dividido em quatro subprincípios: proporcionalidade, progressividade, seletividade e personalização. Ainda segundo o mesmo autor, “o subprincípio da progressividade significa que o imposto deve ser cobrado por alíquotas maiores na medida em que se alargar a base de cálculo”.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Marcus Abraham afirma que a progressividade serve de meio a “dar tratamento desigual aos economicamente desiguais, tendo em vista a aplicação de cargas fiscais diferentes, conforme a capacidade econômica de cada um, em respeito ao princípio da igualdade tributária”. Os parâmetros quantitativos seriam do mínimo existencial ao limite do confisco.²⁰⁰ Seria uma forma de justiça distributiva.

A *quaestio iuris* é saber se os impostos reais,²⁰¹ que recaem sobre as coisas (*res*: coisa), ou seja, sobre bens imóveis (IPTU; ITBI) e bens móveis (IPVA), podem ter alíquotas progressivas, *ex vi* art. 145, § 1º, da CF. Ou seja, é refletir sobre eventual inconstitucionalidade dessa parte da Emenda.

Inicialmente, a Suprema Corte acata a distinção clássica entre impostos pessoais (que recaem sobre as pessoas) e reais (sobre bens), rechaçando em iterativa jurisprudência a compatibilidade dessa técnica (progressividade) em face de impostos, cuja base de cálculo seja o preço de venda, este notadamente proporcional.

¹⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, cit., 1999, v. 3, p. 436.

¹⁹⁸ *Curso de direito financeiro e tributário*, cit., p. 94.

¹⁹⁹ Nas palavras de Marcus Abraham, “quando se fala em tributação progressiva, está-se dizendo que, ao graduarem-se as alíquotas dos tributos em face da dimensão da base imponible encontrada, aqueles que detêm maior riqueza poderão contribuir mais pelos serviços e bens públicos em geral, em favor daqueles que menos carga fiscal podem suportar, e, conseqüentemente, sofrerão uma tributação mais gravosa” (ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*. E os 20 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 129).

²⁰⁰ *Idem*, *ibidem*.

²⁰¹ Imposto real, segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, é aquele que “é calculado sem atender as condições pessoais do contribuinte, ou melhor, ignorando por completo a situação individual do contribuinte (o imposto grava uma riqueza dada ou uma situação da mesma maneira, qualquer que seja o sujeito passivo). Os impostos reais gravam o contribuinte tendo em vista apenas a matéria tributável, segundo seus caracteres objetivos específicos, independentemente das condições econômicas, jurídicas, pessoais ou de família, relativas ao contribuinte. A alíquota tributária é fixada exclusivamente em função apenas das circunstâncias materiais da situação de fato prevista na lei” (MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 439).

Nesse contexto, impende que seja transcrito o voto-condutor do eminente Min. Moreira Alves, proferido no primeiro *leading case* que declarou inconstitucional a progressividade de alíquotas do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU:²⁰²

3. Reza o § 1º do artigo 145:

‘§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitando os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.’

Desse dispositivo decorre que a **Constituição**, adotando a distinção clássica segundo a qual os impostos podem ter **caráter pessoal** ou **caráter real** (é a classificação que distingue os impostos em pessoais e reais), visa a que os impostos, sempre que isso seja possível, tenham o caráter pessoal, caso que serão graduados – e um dos critérios de graduação poderá ser a progressividade – segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Por outro lado, em face desse dispositivo, não se pode pretender que a expressão **“sempre que possível”** se refira apenas ao caráter pessoal do imposto, e que, por isso, o princípio da capacidade contributiva seja aplicável a todos os impostos ainda quando não tenham caráter pessoal, como sustentam Américo Lacombe e José Maurício Conti, citados no voto do eminente relator. De feito, a parte final do dispositivo em causa repele essa conclusão, porque a Constituição atribui à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, **“especialmente para conferir efetividade a ESSES OBJETIVOS”**, ou seja, ao objetivo de que os impostos, se possível, tenham caráter pessoal e ao de que esses impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a econômica do contribuinte, certo como é que essa faculdade de identificação só tem sentido quando se trata de imposto de caráter pessoal, ou seja – na definição de GIANINI, **“aqueles que alcançam o conjunto de rendimentos ou de bens do contribuinte, ou também uma parte destes, mas enquanto dizem respeito a uma dada pessoa, levando em conta, em medida mais ou menos ampla, as suas condições”**. O mesmo não ocorre, evidentemente, com os impostos de caráter real que – também na definição de GIANINI – são os que **“alcançam bens singulares ou rendimentos ou também grupos de bens ou de rendimentos, considerados na sua objetividade, sem levar em cota a condição pessoal do sujeito passivo do imposto”**.²⁰³

Prossegue o saudoso decano sustentando seu entendimento, apoiando-se, para tanto, em vasta doutrina repelidora da progressividade nos impostos reais:

Por isso mesmo, VICTOR UKMAR tratando do princípio constitucional da igualdade tributária no tocante à capacidade contributiva, se refere ao **“EVIDENTE ABSURDO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS PARA OS IMPOSTOS REAIS”**. Igualmente VINCENZO CARULLO acentua: **“Naturalmente, não queremos dizer – nem o poderemos – que todos os impostos indistintamente devem ser progressivos, porque sabemos como isso seria IMPOSSÍVEL ou cientificamente errado: porque bem sabemos que A PROGRESSÃO NÃO CONDIZ COM OS IMPOSTOS DIRETOS REAIS e pode encontrar só inadequada aplicação nos impostos sobre consumos e nos impostos indiretos em geral”**. No mesmo sentido, ZINGALLI COCIVERA que dá

²⁰²STF, RE 153771-0/MG, rel. Ministro Moreira Alves, DJ 05.09.1997.

²⁰³STF, RE 153771-0/MG, rel. Ministro Moreira Alves, DJ 05.09.1997, p. 529-530.

como uma das características do imposto real a de ele “**não pode ser organizado em forma progressiva (sendo a progressividade das alíquotas fundadas sobre o conceito de capacidade contributiva)**”. Essa também a posição de BERLIRI “**Aliás, num sistema inspirado em critérios de progressividade é natural que a imposição tenha caráter pessoal e não real**”. Também na Suíça, BLUMENSTEIN acentua que “**a distinção entre impostos subjetivos e objetivos (pessoais e reais) decorre do fato de que para determinados tipos pode prestar-se atenção à capacidade econômica pessoal do sujeito, enquanto para outros conta só a existência de um determinado objeto de imposto**”.

Esse era o entendimento unânime de todos os Ministros membros²⁰⁴ do STF.

A tese então prevalente na Corte era no sentido de que o IPTU, imposto notoriamente real, já atenderia ao princípio da capacidade contributiva, uma vez que, havendo alíquotas uniformes, a imposição fiscal seria, naturalmente, automaticamente, proporcional à riqueza. Em outras palavras, quanto mais valioso for determinado imóvel, proporcionalmente maior será o IPTU devido.

A proporcionalidade é da natureza dos impostos reais sobre o patrimônio (IPTU, ITBI, IPVA), cujas bases de cálculo sejam os valores de mercado dos bens. Precisa, portanto, foi à época a constatação de Lobo Torres no seu *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário* ao concluir que a opção do legislador pela adoção de critérios progressivos ou regressivos nos impostos sobre o patrimônio, notadamente proporcionais, fere a igualdade.²⁰⁵

Assim sendo, se o legislador permite via Emenda Constitucional a adoção da progressividade no IPTU, ferir-se-ia a igualdade, uma vez que o imposto já é originalmente proporcional. Tal permissivo pode acarretar na desigualdade entre contribuintes que se encontram na mesma situação, *v.g.*, inobstante proprietários de imóveis de idêntico valor venal, por suas distintas localizações (regiões), terão de suportar ônus tributário diferenciado.²⁰⁶

²⁰⁴Posteriormente, o único voto vencido, curvou-se ao duto entendimento da maioria: STF, RE 234.105-3/SP, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, decisão unânime, DJ 31.03.2000.

²⁰⁵TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, cit., 1999, v. 3, p. 335.

²⁰⁶Utilizar-se-á, à guisa de ilustração a legislação do IPTU do Município do Rio de Janeiro, cuja progressividade em razão da área*, por ela outrora adotada, sequer poderia ser (re) instituída, mesmo sob a égide da nova *ordo iuris* promulgada.

Com efeito, até o exercício de 1999 a Lei Municipal 691/84 previa a progressividade de alíquotas de acordo com a área do imóvel, cuja variação era de 0,15% (zero vírgula quinze por cento) até 3,50% (três e meio por cento).

Todavia, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo **E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** em face do citado diploma legal**, a municipalidade editou nova lei, *in casu* a de n. 2.955, de 29.12.99, objetivando afastar o litígio em relação aos exercícios 2000 e seguintes, *verbis*:

“Lei 691/84 com redação dada pela Lei 2955/99:

Art. 67. [...]

I – Imóveis Edificados

1. Unidades Residenciais 1,20

2. Unidades Não-Residenciais 2,80

II – Imóveis Não-Edificados 3,50.”

Em texto mais recente, Lobo Torres afirma o seguinte:

Quanto ao IPTU, a sua progressividade é instrumento de extrafiscalidade e não emana do princípio da capacidade contributiva (art. 156, § 1º, e art. 182, § 4º, da CF), conforme já decidiu o STF (vide p. 131); mas a EC 29/2000, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade, deu nova redação ao art. 156, § 1º, da CF, para admitir a progressividade também em razão do imóvel.²⁰⁷

Com isso, defende o autor a inconstitucionalidade da progressividade no presente caso, que se fundamenta em motivos fiscalistas e arrecadatórios. Nas suas palavras:

A modificação trazida pela EC 29/2000 fica sob suspeita de inconstitucionalidade, por implicar correção legislativa da jurisprudência por motivo fiscalista e arrecadatório, inteiramente divorciado da fundamentação ético-jurídica do princípio da progressividade. O STF já declarou inconstitucional a fixação de adicional progressivo de IPTU em função do número de imóveis do contribuinte (Súmula 589, p. 427), embora nada obste a que prevaleça o critério subjetivo para a concessão de benefícios fiscais (Súmula 539, p. 427).²⁰⁸

Essa natureza extrafiscal ou regulatória da progressividade tributária, segundo Marcus Abraham seria “fundada no poder de polícia do Estado, instrumentalizando a intervenção indireta na sociedade, destinada a influir na conduta dos indivíduos e agentes econômicos”. Assim, defende o autor que a progressividade, no caso do IPTU, poderia ser usada com o fim de dar função social à propriedade, para assegurar o cumprimento de política habitacional.²⁰⁹

Assim, segundo o mesmo autor, o STF firmou entendimento no sentido de que não cabe progressividade em razão do valor do imóvel, por ser um imposto de natureza real, que tem como fato gerador a posse ou propriedade, assim, não tem como se aplicar o princípio da capacidade contributiva. A progressividade, dessa forma, só caberia a fim de alcançar a função social da propriedade, diante do uso inadequado do solo. Esse seria o sentido da Súmula 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda

Portanto, no presente exercício, o referido Município tributa os imóveis de sua circunscrição em razão da utilização.

Sobre o *thema*, insta consignar que à época da edição das citadas leis, inclusive aquela atualmente vigente, não havia autorização constitucional para a fixação de alíquotas progressivas. Daí o flagrante vício de inconstitucionalidade, o qual não pode ser convalidado por emenda constitucional superveniente.

Neste preciso sentido, já se pronunciou o **E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, na sessão plenária do julgamento da ADIN 2-1/DF, onde se acordou que o vício de inconstitucionalidade deve ser apurado em face da Constituição vigente à época da edição da lei que a desrespeita e não, no particular, sob a ótica da redação dada por emenda constitucional superveniente, *verbis*: “A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração” (trecho da ementa – grifamos).

* Lei Municipal n. 2080/93 c/c Lei n. 2687/98 fixavam alíquotas variáveis de 0,15% a 3,50% em razão da área (com até 50 m² – mínima; acima de 1001 m² – máxima) e localização (por bairros – regiões A,B,C e orla).

** RE n. 248.892-5/RE, Recorrente: Município do Rio de Janeiro; Recorrido: Clínica São Vicente S/A, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 31.03.2000.

²⁰⁷Curso de direito financeiro e tributário, cit., p. 94.

²⁰⁸Idem, ibidem, p. 397.

²⁰⁹ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*, cit., p. 131.

Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Com esse entendimento, Abraham sustenta que há inconstitucionalidade na EC 29/2000, ao autorizar a progressividade do “IPTU em razão do valor do imóvel e para a diferenciação de alíquotas de acordo com a localização e o seu uso”. Isso porque haveria violação, em certos casos, dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Esse não é o entendimento do professor Boquimpani, que, na vanguarda do direito tributário, defende que a progressividade tem como fim:

Concretizar a capacidade contributiva e com isto a igualdade material e a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, através do garantia da *propriedade atrelada à sua função social, assim entendido o atendimento aos parâmetros democraticamente postos via plano diretor resultado da ampla participação popular*.²¹⁰

Segundo o autor, a progressividade é corolário da justiça social e da igualdade e não precisaria estar prevista na Constituição Federal para ser aplicada a todos os impostos.²¹¹ A fim de embasar seu argumento, afirma que a questão já evoluiu em outros países, como, por exemplo, nos EUA, que desde 1898, já teve decisões aplicando a progressividade, independentemente de positivação do princípio, e na Argentina, onde já se aplica a progressividade na Cidade de Buenos Aires.²¹² Com isso, cita a seguinte doutrina de Alcides Costa:

A progressividade pode aplicar-se a qualquer imposto. Todavia, há impostos que com ela não se compadecem, como p. ex., o ICMS e o IPI ou o imposto de importação. Ela é, porém, compatível com o imposto de renda e com os impostos sobre o patrimônio, para citar dois, apenas. Para aplicar-se a progressividade, não é necessário que a Constituição preveja. Assim é que o texto constitucional fala em progressividade quando cuida do imposto de renda, mas é de notar-se que este imposto tem sido progressivo desde sua instituição no Brasil, embora as Constituições anteriores nada dissessem a respeito. O mesmo acontece com o imposto de transmissão *causa mortis*, progressivo até a reforma tributária de 1965. Pode voltar a sê-lo na atual Constituição, ainda que não mencione a progressividade deste imposto. Por fim, a Constituição silencia a respeito da progressividade do imposto sobre as grandes fortunas, que a ela se presta muito bem.²¹³

²¹⁰BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 170. Em outra passagem afirma o seguinte: “para realizar o Estado Social Democrático de Direito, constitucionalmente consagrado, pela via da igualdade material – também constitucionalmente
posta
–, é mister ter como justiça fiscal aquela parametrizada pelo princípio da progressividade” (Idem, *ibidem*, p. 110).

²¹¹No mesmo sentido está Ayrton de Mendonça Teixeira, para quem, mesmo antes da EC 29 já seria possível a progressividade, pela imprecisão técnica da divisão de impostos reais e impostos pessoais. Assim, afirma que “considerando-se que todo tributo é tanto pessoal quanto real, temos por constitucional a progressividade fiscal do IPTU” (Apud ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*, cit., p. 134).

²¹²Idem, *ibidem*, p. 171-172.

²¹³COSTA, Alcides Jorge. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público* n. 93. São Paulo: RT, 1990. O. 240. Apud BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. *Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação*, cit., p. 171.

Desse modo, conclui o autor que, no Brasil, é clara a obrigatoriedade da aplicação da progressividade ao IPTU, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva. Nas suas palavras:

Fica assim absolutamente clara a aplicação obrigatória da progressividade no Brasil, seja fiscal, seja extrafiscal, ao Imposto Predial e Territorial Urbano, e, tratando-se de mensuração do imposto através da variação de suas alíquotas, a progressividade está contida dentro do critério quantitativo do imposto; em sendo assim, a visualização da aplicação da progressividade, especificamente ao IPTU, será da essência da regra-matriz de incidência, no conseqüente normativo, critério quantitativo (alíquota).²¹⁴

3.2.2 Da desnecessidade de previsão constitucional para a progressividade de imposto real – o caso ITDCM

Diferentemente do debate exposto acima, a EC 42/2003, na tentativa de modificar o entendimento do STF, trouxe ao debate, novamente, a questão da progressividade dos impostos reais, agora com alterações referentes ao Imposto Territorial Rural²¹⁵ e ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.²¹⁶ Nesses novos casos, o STF mudou seu posicionamento e entendeu que poderia haver progressividade nesses casos.

Pelo que se pode perceber, houve certo respeito da opção do Legislador na adoção da progressividade de certos impostos reais. Segundo Marcos Abraham, essa alteração constitucional era necessária em face do posicionamento amplamente adotado pelo STF no sentido de “vedar o uso da técnica da progressividade sobre os impostos reais, limitando-se a aceitá-la tão somente diante do uso da extrafiscalidade”.²¹⁷

No julgamento do RE 562.045, do Rio Grande do Sul, se discutia a validade de Lei Estadual 8.821/89, que previa progressividade na alíquota do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e doação (de 1% a 8%) diante de uma decisão do TJRS, que determinava a aplicação da alíquota de 1%. Nesse recurso, terminou-se por entender que todos os impostos estariam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo que não tivessem caráter pessoal, afirmando a constitucionalidade da mencionada Lei. Segue ementa do julgamento:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, para assentar a constitucionalidade do art. 18 da Lei gaúcha 8.821/1989, que prevê o sistema progressivo de alíquotas para o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* de Doação (ITCD) – v. Informativos 510, 520 e 634. Salientou-se, inicialmente, que o entendimento de que a progressividade das alíquotas do ITCD seria inconstitucional decorreria da suposição de que o § 1º do art. 145 da CF a admitiria exclusivamente para os impostos de caráter pessoal. Afirmou-se, entretanto, que todos os

²¹⁴Idem, ibidem, p. 173.

²¹⁵Art. 153. [...]

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*:

I – será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas;”

²¹⁶Art. 155. [...]

§ 6º O imposto previsto no inciso III:

II – poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização.”

²¹⁷ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*, cit., p. 198.

impostos estariam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tivessem caráter pessoal. Esse dispositivo estabeleceria que os impostos, sempre que possível, deveriam ter caráter pessoal. Assim, todos os impostos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal, poderiam e deveriam guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo. Aduziu-se, também, ser possível aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD, pois, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderia expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Asseverou-se que a progressividade de alíquotas do imposto em comento não teria como descambar para o confisco, porquanto haveria o controle do teto das alíquotas pelo Senado Federal (CF, art. 155, § 1º, IV). Ademais, assinalou-se inexistir incompatibilidade com o Enunciado 668 da Súmula do STF [...]. Por derradeiro, esclareceu-se que, diferentemente do que ocorreria com o IPTU, no âmbito do ITCD não haveria a necessidade de emenda constitucional para que o imposto fosse progressivo." (RE 562.045, rel. p/ o ac. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 6-2-2013, Plenário, *Informativo* 694, com repercussão geral.) **No mesmo sentido**: RE 542.485, rel. min. **Marco Aurélio**, julgamento em 19-2-2013, Primeira Turma, *DJE* de 8-3-2013.

Mais uma vez, observa-se que não há um entendimento rígido e formal sobre a atitude do STF em face da correção legislativa da sua jurisprudência. Com essa decisão, o Tribunal mostrou, novamente, tendência a decisões pragmáticas, e possibilitou a existência de progressividade em impostos reais por meio de legislação infraconstitucional, reformando entendimento anterior.

Com isso, percebe-se que o STF tem-se utilizado do debate gerado por essas tentativas de correção legislativa para a revisão própria dos temas levados a si. O direito não pode ficar parado no tempo, deve acompanhar a evolução da sociedade. Logo, os direitos devem ser revistos, para que não se tornem excludentes.

Assim, pode-se concluir este tópico com um questionamento para o futuro próximo. Diante dos enormes fundamentos de aplicação da progressividade ao IPTU (e aos demais impostos reais), independentemente de previsão expressa na Constituição, e, na esteira do pensamento que defende que a justiça fiscal pode mitigar o princípio da segurança jurídica, seria possível a mudança de entendimento do STF no que tange à progressividade do IPTU, inclusive no âmbito de ações rescisórias?

Nesse caso, não se estaria indo de encontro à Súmula 343 do STF, uma vez que não se trata de divergência na interpretação de Lei, mas de mudança de interpretação Constitucional consolidada. Assim, com fundamento no princípio maior que é a justiça fiscal, poder-se-ia afastar até mesmo decisões transitadas em julgado? Eis uma bela indagação para uma futura tese de doutorado.

3.2.3 Da necessidade de previsão constitucional para a tributação de pessoa física no ICMS incidente sobre a importação

No caso da EC 33/2001, foi ampliada “a base econômica do ICMS na importação, fazendo-o alcançar tudo o que se enquadre no conceito de ‘bem’ e não apenas na entrada de mercadorias”.²¹⁸ A fim de dar efetividade a essa ampliação de incidência de ICMS, foi editada a Lei Complementar 114/2002, que alterou o art. 2º, § 1º, da Lei Complementar 87/96, a fim de dispor que o mencionado imposto passará a incidir

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.²¹⁹

Altera, também, o art. 4º, da mesma Lei, para que passe a ter a seguinte redação:

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;²²⁰

Com isso, pretendeu-se mudar o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, que em iterativa jurisprudência, vinha afastando a incidência do ICMS na importação, objeto da Súmula 660: “*não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*”.

O entendimento anterior era baseado nas seguintes premissas.

5. Com efeito, são hipóteses de incidência do ICMS a operação relativa à circulação e a importação de mercadorias, ainda quando se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. No ponto, o termo operação exsurge na acepção de ato mercantil; o vocábulo circulação é empregado no sentido jurídico de mudança de titularidade e não de simples movimentação física do bem e a expressão mercadoria é atribuída à designação genérica de coisa móvel que possa ser objeto de comércio por quem exerce mercância com freqüência e habitualidade.

6. Por outro lado, cumpre observar que o termo consumo, empregado pela Constituição Federal ao dispor que o imposto incidirá também na importação de mercadoria, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, diz respeito ao estabelecimento comercial e não a pessoa física que importa bens para seu gozo e fruição. A expressão estabelecimento tem o mesmo sentido do que lhe confere o Código Comercial (C. Com., artigo 10, III, 2 parte), de tal modo a designar o próprio local ou o edifício.

8. Observo, ainda, a impossibilidade de se exigir o pagamento do ICMS na importação de bem por pessoa física, dado que, não havendo circulação de mercadoria, não há como se lhe aplicar o princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, pois somente ao comerciante é assegurada a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.²²¹

²¹⁸ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*, cit., p. 151

²¹⁹Lei Complementar 114/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp114.htm>. Acesso em 29.05.2013.

²²⁰Idem.

²²¹STF, RE 203.075, Redator Maurício Correia, maioria, Pleno, DJ 29.03.1999.

Em parte, pelos mesmos fundamentos do item 8 (oito), supra, manteve-se, também, o afastamento da incidência em face das pessoas jurídicas.²²²

Malgrado a confusão de conceitos que a Corte Constitucional trouxe nos referidos julgados, divorciando-se, inclusive, da orientação mansa e pacífica sobre impostos incidentes sobre circulação/valor agregado do direito alienígena, o fato é que, posteriormente à Súmula, foi promulgada a EC 33/2001.

Conflitaria tal alteração constitucional com alguma limitação ao poder de tributar? Parece que não. Ao contrário, a tributação do ICMS em face da importação, seja pela pessoa física, seja pela jurídica não contribuinte, alinha-se com um princípio que cada vez mais é adotado internacionalmente: o do país de destino. Sob a ótica constitucional do STF, não se vislumbram quaisquer das hipóteses previstas no art. 60, § 4º, da CF, que pudessem ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade da emenda, ao contrário, atende-se ao princípio da isonomia, tratando igualmente os contribuintes, independentemente de o produto ser nacional ou estrangeiro.

Vital defende essa correção legislativa e afirma que o não reconhecimento da incidência de ICMS pessoa física criava uma série de distorções, embora as mesmas não tenham sido objeto de debate no precedente que levou à mudança de entendimento. São elas:

1) implicava em enriquecimento injustificável da pessoa física importadora, que iria apropriar-se do tributo que fora isento no país exportador, justamente em atenção ao princípio do país de destino; 2) criava distinção inconstitucional (art. 150, II) entre importadores brasileiros, privilegiando pessoa física, em detrimento de outros que pagavam o ICMS na importação; 3) trazia prejuízo injustificável à Fazenda Pública, pois na hipótese inversa, de mercadorias exportadas para pessoa física estrangeira, a mercadoria é desonerada do ICMS (art. 155, §2º, X, 'a', da CF).

Há, contudo, posições radicais que se manifestam em sentido contrário à constitucionalidade da alteração trazida pela EC 33/2001. Clélio Chiesa argumenta que essa alteração representa a criação de um novo imposto e que a criação de novo imposto pela União, por meio da conjugação dos arts. 154, I, 155 e 156, da CF/88, só seria admissível se não fossem cumulativos ou não tivesse fato gerador ou base de cálculo própria dos impostos já discriminados na Constituição.²²³ Discutindo parâmetros a serem observados pelo Poder Constituinte Derivado afirma:

Com espeque nessa diretiva, temos a impressão de que o legislador não respeitou os limites estabelecidos no texto constitucional ao exercer o poder constituinte derivado modificando a alínea *a*, inciso, IX, §2º, da Constituição Federal, com o fito de estabelecer que o ICMS incide sobre todo e qualquer ato de importação, independente de ser praticado por comerciante, industrial, produtor ou por pessoa física para uso próprio.²²⁴

²²²RE 185.789-SP, rel. originário Min. Ilmar Galvão, red. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, 03.02.2000.

²²³CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 90, p. 31-33, 2003.

²²⁴Idem, ibidem, p. 33.

Outros autores são contrários à constitucionalidade da referida emenda, utilizando-se do argumento da violação ao princípio da não cumulatividade, uma vez que a pessoa física não praticaria novas operações de circulação de mercadoria que compensariam a carga tributária do ICMS.²²⁵ Em sentido contrário a esses argumentos, Mário Loureiro afirma que em se tratando de tributo monofásico, não há que cogitar não cumulatividade.²²⁶

Loureiro Filho também não vislumbra inconstitucionalidade da mencionada Emenda, a uma porque o STF, na ADIn 939-7, afirma que a norma do art. 154, I, da CF/88 é destinada ao legislador ordinário e não ao constituinte derivado; a duas, porque no julgamento da ADIn-MC 1.497/DF, o STF assentou entendimento de que a não cumulatividade não ostenta *status* de cláusula pétrea.²²⁷

No mais, deve-se observar que o ICMS na hipótese de importação por Pessoa Física representa a última etapa da circulação internacional da mercadoria, em razão do princípio do país de destino, o que evidencia que não há violação ao princípio da não cumulatividade.

Sobre a posição do STF quanto a essa correção legislativa, inicialmente, em agosto de 2003, foi firmada a Súmula 660, que teria esta redação: “não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”. Poucos meses depois, em novembro do mesmo ano, ela passa a ter a seguinte alteração: “até a vigência da EC 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”. Em março de 2006, contudo, essa alteração é rejeitada pelo Tribunal e a Súmula volta a ter sua primeira redação.²²⁸

Poder-se-ia entender que a Emenda em foco teria a sua inconstitucionalidade tacitamente reconhecida. Não foi o que aconteceu. A não incidência do ICMS só é reconhecida se antes da edição da EC 33, conforme se observa pela leitura parcial do seguinte acórdão, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado no sentido de que não incide ICMS sobre importações realizadas por bens destinados ao consumo e ao ativo fixo,

²²⁵Nesse sentido, estão os autores Paulo Basto em BASTO, Paulo Nelson Lemos. ICMS – Importação de bens para uso próprio e a Emenda Constitucional n. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 86, p. 109, 2002; e Cristiano Leão em LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional n. 33/01 e o “novo” ICMS-Importação*. Manutenção da “transferência de titularidade” como núcleo constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito PUC-SP, 2007.

²²⁶LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo. *Alteração da competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01*. Dissertação (Mestrado). Programa de pós-graduação em direito PUC-SP, 2006.

²²⁷Idem, *ibidem*.

²²⁸Nota explicativa do Informativo n. 422, do STF, “Informamos que, em razão de o Tribunal, na sessão plenária de 26.11.2003, ter recusado a proposta de alteração da Súmula 660, constante do Adendo n. 7, foi republicado o respectivo enunciado nos Diários da Justiça dos dias 28.3.2006, 29.3.2006 e 30.3.2006, com o teor aprovado na sessão plenária de 24.9.2003: ‘Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto’. Fica, portanto, substituída, nesses termos, a notícia veiculada pelo Informativo 331 quanto ao referido verbete”.

realizadas por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte habitual do referido imposto, antes da promulgação da EC 33/2001. Incidência da Súmula STF 660 (AI 674.396-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 29.03.2011, Segunda Turma, *DJE* de 27.04.2011). **No mesmo sentido**: RE 331.444-AgR, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 07.02.2012, Primeira Turma, *DJE* de 15.03.2012.²²⁹

Esse não seria o entendimento do Min. Eros Grau, quando do julgamento do AgRg em RE 401.552, de 21.09.2004, ao afirmar que:

Somente a previsão constitucional de incidência do ICMS, mesmo na hipótese de operação realizada por quem não seja contribuinte habitual do imposto, na importação do exterior por pessoa física ou jurídica, não é bastante em si para legitimar a exigibilidade da exação. É imprescindível, ante os princípios em que se apoia o ICMS, a edição de legislação ordinária disciplinando a maneira como será realizada a compensação, tendo em consideração a não-cumulatividade do ICMS, o que não se tem na espécie.²³⁰

Esse entendimento não foi acolhido pela turma, que acordou pela existência de efetividade da norma.

Nova discussão foi aberta, no STF, sobre o tema, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 439796/PR e 474267/RS, ambos relatados pelo Min. Joaquim Barbosa, e julgados em 25.11.2009. Nesses casos, discutia-se a constitucionalidade de incidência do ICMS sobre operações de importação de bens realizadas, por pessoas jurídicas que não se dedicam habitualmente ao comércio, durante a vigência da EC 33/2001.²³¹ O Ministro relator deu provimento ao Recurso do Estado do Rio Grande do Sul e negou provimento ao da Pessoa Jurídica, levantando o debate sobre dois pontos:

1) saber se é constitucional a incidência do ICMS sobre operações de importação, irrelevante a caracterização do bem como mercadoria ou do sujeito ativo como comerciante, após a modificação do art. 155, § 2º, IX, a, da CF, pela EC 33/2001; 2) decidir se, à luz dos artigos 146, II e 155, § 2º, XII, i, da CF, a ausência do exercício de competência para especificar os aspectos da regra-matriz do tributo ou para estabelecer normas gerais permissivas em matéria tributária, como a base de cálculo, também invalida a tributação.²³²

Quanto à primeira indagação o relator reitera que a corte houvera fixado entendimento no sentido da Súmula 660, antes mesmo da edição da EC 33/2001, não incidindo ICMS sobre operações de importação de bens sobre não comerciantes, até a edição da mesma, que fez superar esse entendimento. No que se refere à ausência de critério constitucional para a partilha da competência nas operações com entidades que não possuem estabelecimento, considerou, de igual forma, superado o problema; pela nova redação dada ao art. 155, § 2º, IX, a, da CF, a expressão domicílio se aplica às pessoas naturais e às entidades empresariais que não se dedicam ao comércio ou à indústria. “Afirmou, ademais, que, em aparência um pouco mais complexa se afiguraria a ampliação

²²⁹Disponível em: <<http://www.stfjus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

²³⁰Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=341405>>. Acesso em: 29 maio 2013.

²³¹Informativo 436, do STF.

²³²Informativo 569, do STF.

do critério material da regra-matriz para também fazer referência a bens, tendo em conta que o ICMS é o imposto incidente sobre a circulação de mercadorias.²³³

Para o relator, a conceituação seria relacional. Não descaracterizaria a classificação do bem a circunstância de o adquirente não ter por objetivo dar nova saída ao material na condição de mercadoria, bastando a existência de relação entre as partes e a entrada do bem em território nacional. Alerta, também, que a tributação das operações de importação de bens pela incidência de ICMS “atenderia ao postulado de isonomia e adequada concorrência e que o ICMS é um tributo que deve gravar o consumo, atendidos os postulados da capacidade contributiva e da seletividade”. Além disso, a exoneração “das operações de importação poderia impor relevante vantagem competitiva aos produtos estrangeiros, especialmente no caso de haver similar nacional”, prejudicando a concorrência nacional. Desse modo, não haveria limitação constitucional que vinculasse a tributação a cargo dos Estados e do Distrito Federal somente às operações de circulação interna de mercadorias.²³⁴

Por fim, no que tange à possível “violação da reserva de lei de normas gerais em matéria tributária para dispor sobre a nova modalidade de tributação causada pela ausência ou insuficiência da legislação federal ou da legislação local para dar concreção à ampliada competência tributária”, o Ministro asseverou que “a mera existência de competência tributária seria insuficiente para validar a cobrança de tributo, sendo necessário o exercício dessa competência para a instituição da regra-matriz de incidência tributária”. Essa seria a orientação dominante no Tribunal. Assim, após examinar as Leis Complementares 87/96 e 114/2002 e a Lei estadual 11.580/96, concluiu pela ausência do vício alegado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que não se discute mais a possibilidade da cobrança de ICMS em qualquer caso de importação de mercadorias e serviços:

De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional. O disposto no art. 3º, VIII, da LC 87/1996 aplica-se exclusivamente às operações internas de *leasing*. (RE 206.069, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º.09.2005, Plenário, DJ de 1º.09.2006).²³⁵

Pode-se terminar essa discussão sobre a constitucionalidade da mencionada Emenda, com brilhante magistério de um dos tributaristas mais críticos do Legislador:

²³³Idem.

²³⁴Informativo 569, do STF.

²³⁵Disponível em: <<http://www.stfj.us.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

A Emenda Constitucional n. 33/2001, que cuidou da contribuição de intervenção econômica e do ICMS, não hospedou, nem violentou qualquer cláusula pétrea, não vislumbrando, em todos os seus dispositivos, nenhuma inconstitucionalidade.²³⁶

3.2.3.1 O caso do IPI pessoa física. A evolução do diálogo constitucional

Ao contrário do que se vem decidindo na hipótese acima descrita, após a edição da EC 33/2001, sob o pálio da não cumulatividade, prevista no art. 153, IV, § 3º, II, CF/88,²³⁷ não se admite a incidência do IPI sobre mercadorias importadas, quando o importador é pessoa física não contribuinte, conforme se observa pela síntese dos julgados abaixo:

Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso próprio: não incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. **Maurício Corrêa**, Plenário, DJ de 29-10-1999; RE 191.346/RS, Min. **Carlos Velloso**, Segunda Turma, DJ de 20-11-1998; RE 298.630/SP, Min. **Moreira Alves**, Primeira Turma, DJ de 9-11-2001." (RE 255.682-AgR e RE 272.230-AgR, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 10-2-2006.) No mesmo sentido: RE 550.170-AgR, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 7-6-2011, Primeira Turma, DJE de 4-8-2011; RE 255.090-AgR, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 24-8-2010, Segunda Turma, DJE de 8-10-2010.

Essa discussão poderia ser alargada, por uma questão de isonomia e equidade, fazendo-se incidir o IPI, da mesma forma que ICMS, sobre os produtos importados. Nesse sentido, defende a professora Derzi:

A incidência de tributos como o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na importação não tem nenhum objetivo protecionista, mas é fenômeno de isonomia e equidade. É que, já vimos, a norma adotada no mercado internacional é aquela de desoneração das exportações, de tal modo que os produtos e serviços importados chegam ao país do destino livres de todo imposto. Seria agressivo à regra da livre-concorrência e aos interesses nacionais pôr em posição desfavorável a produção nacional, que sofre a incidência do IPI e do ICMS. Daí a necessidade de se fazer incidir o IPI na importação de produtos industrializados.²³⁸

No dia 14 de janeiro de 2013, em decisão totalmente inovadora, o TRF-4, por meio da sua 1ª Seção, uniformizou o seu posicionamento²³⁹ pela incidência do IPI nas importações por pessoa física. A questão foi

²³⁶MARTINS, Ives Gandra da Silva. Emenda Constitucional n. 33/2001: inteligência das disposições sobre CIDE e o ICMS nela incluídos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 169, set. 2002.

²³⁷Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

IV – produtos industrializados; [...]

§ 3º O imposto previsto no inciso IV: [...]

II – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.”

²³⁸BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Nota de atualização de Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 341.

²³⁹Decisão no bojo do Processo 5049386-28.2011.404.7000/PR.

levada à Brasília e, em decisão monocrática, o Min. Ricardo Lewandowski deu provimento ao recurso extraordinário do importador Anderson Coletto para afastar o tributo. A decisão foi mantida pela 2ª Turma do STF. Segundo o relator, não haveria motivos para a reforma do entendimento consolidado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE BEM PARA USO PRÓPRIO POR NÃO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A exigência de IPI na importação de bem para uso próprio por pessoa não contribuinte do tributo implica violação ao princípio da não cumulatividade. II – Agravo regimental improvido.²⁴⁰

Além disso, sob o mesmo argumento da não cumulatividade, o STF entendeu pela não incidência do ICMS sobre bem importado por uma sociedade civil prestadora de serviços.²⁴¹ Segundo o Ministro relator Dias Toffoli, o IPI é imposto destinado à produção e que não há previsão legal para a sua cobrança, tal como existe para o ICMS após a EC 33/2001. Ademais, quanto ao IPI, há dispositivo expresso que estabelece o princípio da não cumulatividade, que deve ser observado pelo legislador ordinário (CRFB, art. 153, IV, § 3º, II). Segundo o relator “A jurisprudência vem evoluindo para entender que o critério material de incidência do IPI não pode decorrer da mera entrada de um produto no país, na medida em que o tributo não é um imposto próprio do comércio exterior”. Para que essa cobrança fosse possível, deveria haver base econômica para tanto.

O Ministro destaca a seguinte doutrina sobre o assunto.

[...] reputamos inconstitucional a incidência do IPI na importação de produto estrangeiro. O momento da entrada do produto estrangeiro industrializado no país somente deverá incidir o Imposto de Importação, pois este fato concretiza apenas a hipótese normativa do Imposto

Alfandegário. O simples argumento de que a importação tanto pode ser de produto não industrializado, em razão do silêncio do legislador constituinte, não legitima a cobrança do IPI na importação. O cerne do problema é se a importação de produto industrializado também realiza a hipótese fática do IPI. E quanto a isso há duas linhas de pensamento totalmente opostas: 1ª que entende incidir o IPI tão só sobre o produto, e aí, ao ingressar o produto no território nacional, sendo industrializado, certamente o importador deverá pagar tanto o Imposto de Importação como o IPI; e 2ª) que considera também importante para a incidência do IPI a fase de produção, a qual somente terá relevância jurídica para a cobrança do imposto quando ocorrida no país. [...] IPI sobre a importação de produto estrangeiro industrializado ultrapassa seus limites constitucionais.²⁴²

Desse modo, sustenta o relator que pouco importa se pessoa física ou jurídica, “o que importa é que ambos não sejam contribuintes habituais do imposto. A base econômica do IPI é única, devendo ser analisada à

²⁴⁰AgRg no RE 732651 AgR/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07.05.2013.

²⁴¹AgRg no RE 643.525/RS, j. 26.02.2013. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692880>>. Acesso em: 29 maio 2013.

²⁴²LIMA, Rogério. A inconstitucionalidade do IPI na importação. *RDDT*, n. 77, p. 128 e 132. Apud Dias Toffoli na decisão do AgRg no RE 643.525/RS, j. 26.02.2013, publ. 26.04.2013. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692880>>. Acesso em: 29 maio 2013.

luz do art. 153, inciso IV e § 3º, inciso II, da Constituição Federal”. Assim, só se poderia cobrar o tributo “sobre negócios jurídicos que tenham por objeto bem submetido a processo de industrialização por um dos contratantes”.²⁴³ O julgamento em tela terminou com a seguinte ementa:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Incidência do IPI na importação de produtos por sociedade civil prestadora de serviços. Impossibilidade. Operação dissociada da base econômica constitucionalmente definida. 1. A jurisprudência vem evoluindo para entender que o critério material de incidência na importação não pode decorrer da mera entrada de um produto no país, na medida em que o IPI não é um imposto próprio do comércio exterior. 2. A base econômica do IPI é única, devendo ser analisada à luz do art. 153, inciso IV e § 3º, inciso II, da Constituição Federal. 3. Não há previsão constitucional expressa que ampare a incidência do IPI na importação, diferentemente do que ocorre com o ICMS, a que se refere o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Constituição Federal, com a redação da EC n. 33/01. 4. Agravo regimental não provido.

Assim, pode-se afirmar que não incide IPI sobre bem importado por pessoa física e jurídica não contribuinte. Todavia, a partir da teoria do diálogo constitucional, percebe-se a possibilidade de revisão do entendimento consolidado do STF, independentemente de emenda constitucional superveniente e quiçá nos autos do RE 723651, afetado como de Repercussão Geral pelo Plenário (n. 643), sob o seguinte título: Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI nas operações de importação de veículos automotores por pessoa natural para uso próprio, Relator Min. Marco Aurélio.

Com efeito, se no caso do ITDCM do Rio Grande do Sul estudado em capítulo anterior, a Corte reviu seu entendimento para possibilitar a progressividade no imposto real, independentemente de emenda, parece coerente que na mesma linha de pensar se legitime a cobrança do IPI, pessoa física, tendo em vista que: i) o princípio cada vez mais adotado internacionalmente é o do país do destino, sendo exonerados os impostos na exportação destinada ao Brasil; ii) não se vislumbra nenhuma ofensa à qualquer cláusula pétrea a tributação do

automóvel por pessoa física, ao contrário, poderá ocorrer enriquecimento injustificável do importador que iria se apropriar do tributo que fora isento no país exportador; iii) a Carta Magna veda o estabelecimento de qualquer diferença tributária entre bens em razão da procedência (art. 152), especialmente entre importadores pessoa física *versus* jurídica; iv) sendo a incidência monofásica, não há como se cogitar a violação à não cumulatividade.

Com todo o respeito aos que divergem, a questão do IPI importação por pessoa física tem tudo para se tornar um caso emblemático de superação da correção legislativa através da aplicação da teoria do diálogo constitucional em sede de repercussão geral.

3.3 O caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública

²⁴³Idem.

A origem da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública tem sua gênese no intuito de o legislador pátrio contornar normativamente a reiterada jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade das leis que instituíram a taxa de iluminação pública em diversos Municípios, sob o fundamento principal de que tal exação não preenchia os requisitos necessários a legitimar a cobrança de uma taxa de serviço.

O STF partira da premissa de que o serviço de iluminação pública não se insere nem na categoria de serviço divisível, tampouco se encaixa no conceito de um serviço específico, logo, uma taxa que pretenda custear o serviço de iluminação pública não terá efetivamente um fato gerador típico de tal espécie tributária, portanto, será ilegítima e inconstitucional a sua cobrança. Assim foi-se consolidando a jurisprudência do Pretório Excelso:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IPTU. AUMENTO DA RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO, MEDIANTE APLICAÇÃO DE ÍNDICES GENÉRICOS DE VALORIZAÇÃO, POR LOGRADOUROS, DITADOS POR ATO NORMATIVO EDITADO NO MESMO ANO DO LANÇAMENTO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO QUE NÃO SE REVESTE DAS CARACTERÍSTICAS DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. Somente por via de lei, no sentido formal, publicada no exercício financeiro anterior, é permitido aumentar tributo, como tal havendo de ser considerada a iniciativa de modificar a base de cálculo do IPTU, por meio de aplicação de tabelas genéricas de valorização de imóveis, relativamente a cada logradouro, que torna o tributo mais oneroso. Caso em que as novas regras determinantes da majoração da base de cálculo não poderiam ser aplicadas no mesmo exercício em que foram publicadas, sem ofensa ao princípio da anterioridade. No que concerne à taxa de iluminação pública, é de considerar-se que se trata de serviço público insuscetível de ser custeado senão por via do produto dos impostos gerais. Recurso não conhecido. (RE n. 234.605/RJ. Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 08.08.2000. DJ 01.12.2000).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE IVOTI, RS. I – Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado *uti universi* e não *uti singuli*. II – Precedentes do STF. III – R.E. inadmitido. Agravo não provido (AI-AgR 231.132RS. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 25.05.1999. DJ. 06.08.1999).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE ANDRADAS, MG. I – Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado *uti universi* e não *uti singuli*. II – Precedentes do STF. III – Agravo não provido. (RE 385955 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 19.08.2003, DJ 26.09.2003, p. 23, Ement v. 02125-04, p. 741).

Tantos os precedentes em que a Suprema Corte esposou tal entendimento que o mesmo foi sumulado por meio do verbete 670, asseverando que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

A maioria das Comunas brasileiras decerto não se conformou com o entendimento pretoriano sobre a inconstitucionalidade da antiga taxa de iluminação pública, considerando que o cenário administrativo-financeiro municipal, no que se refere ao tema, não se mostrava equilibrado. Os municípios dependem, em regra, das

concessionárias de fornecimento de energia elétrica para prestarem o serviço de iluminação pública, essas, por sua vez, devem ser remuneradas pela energia elétrica que fornecem e quem lhes deve remunerar são os entes municipais. Ora, sem uma fonte de recursos específica para compensar tais gastos com as concessionárias, o orçamento público municipal fica deveras comprometido, mormente quando se trata de municípios com extensa faixa territorial, o que é típico de um país como o nosso que tem dimensões continentais.

Diante de tal situação, os entes municipais se articularam politicamente para provocar a alteração da legislação pátria, a fim de permitir que se pudesse, constitucionalmente, promover a cobrança de valores destinados ao custeio do referido serviço estatal, equalizando, assim, o orçamento público. Essa articulação gerou o encaminhamento de Propostas de Emenda à Constituição objetivando incluir o art. 149-A na CF/88, a fim de possibilitar a instituição de nova espécie tributária, com a única finalidade de suprir a incapacidade de a maioria dos municípios brasileiros custearem a iluminação pública, cuja arrecadação, via taxa, havia sido declarada inconstitucional pelo STF.

Oportuno transcrever parte da justificativa contida na PEC n. 504/99²⁴⁴ enviada ao Congresso, já que corrobora as assertivas acima lançadas, *verbis*:

[...] É de todos sabido que muitos Municípios brasileiros vinham instituindo e cobrando a taxa de iluminação pública para fazer face aos custos da implantação desse serviço indispensável para as comunidades urbanas.

O Supremo Tribunal Federal, porém, já firmou jurisprudência no sentido de considerá-la inconstitucional, por não se tratar de serviço público específico e divisível e, em certos casos, por ter ela base de cálculo coincidente com a de impostos, como o imposto predial e territorial urbano (IPTU).

Como os Municípios não têm condições efetivas de custear a iluminação pública através de seus impostos e também não podem permanecer inadimplentes com as empresas concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica, a solução que se alvitra é a de emendar-

se a Constituição, para que eles possam vir a instituir e cobrar uma contribuição de iluminação pública, dentro da legalidade e sem os percalços das demandas judiciais. [...]

De toda forma, foi o texto da PEC 559/02,²⁴⁵ apensado ao da PEC 504/02, que restou convertido na então EC 32/2002. Com o surgimento da espécie tributária Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública inaugurou-se o palco de discussão doutrinária acirrada sobre a sua eventual – ainda – inconstitucionalidade.²⁴⁶ Esse último assunto será melhor abordado adiante.

²⁴⁴Consulta ao inteiro teor da Proposição n. 504/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696>. Acesso em: 16 set. 2010.

²⁴⁵Consulta ao inteiro teor da Proposição n. 559/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=59119>. Acesso em: 16 set. 2010.

²⁴⁶Sobre o assunto Hugo de Brito Machado Segundo sustenta que com relação ao teor do art. 149-A da CF/88 que “[...] é bastante discutível a validade de REFERIDA DISPOSIÇÃO. Não existe finalidade ‘social’ a ser atendida, nem existe um grupo

3.3.1 A Emenda Constitucional 39/2002

Quando o legislador constituinte derivado promulgou a EC 39/2002 teve, claramente, o objetivo de corrigir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passando a Constituição Federal de 1988 a contar com mais um artigo, *in verbis*:

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica.

Depois que o Supremo Tribunal Federal havia dado ganho de causa aos contribuintes em face das legislações municipais, reconhecendo a inexistência da relação jurídico-obrigacional que lhes exigisse recolher a taxa de iluminação pública estabelecida nas respectivas leis, veio o legislador constituinte derivado e promulgou emenda superveniente para corrigir a jurisprudência então firmada.

Iterativa era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em afastar a aplicação de leis municipais que instituíam a Taxa de Iluminação Pública. No que diz respeito ao tema, malgrado a lamentável flexibilização pelo STF quanto à impossibilidade das taxas terem bases de cálculo própria²⁴⁷ ou idêntica²⁴⁸ de impostos (CF/88, art.

145, § 2º), vedação estendida aos fatos geradores (CTN, art. 77, parágrafo único), o mesmo tribunal sempre foi muito rígido em reconhecer a necessidade das mesmas serem decorrentes de serviço público específico e divisível prestado²⁴⁹ ou posto à disposição dos contribuintes.

específico interessado no atendimento dessa finalidade (a ela indiretamente referido), que a rigor beneficia toda sociedade” (SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 101).

²⁴⁷O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na inicial de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte – CNT contra a Taxa de Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos Delegados, instituída pela Lei 11.073/97, do Estado do Rio Grande do Sul, cujo valor, a ser pago pelos Delegatários dos Serviços Públicos prestados no referido Estado, é definido de acordo com o faturamento do contribuinte, conforme tabela de incidência progressiva. Afastou-se na espécie a alegação de ofensa ao art. 145, II, § 2º, da CF (“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”), uma vez que o referido tributo não incide sobre o faturamento das empresas contribuintes, mas apenas utiliza-o como critério para a incidência de taxas. *Vencidos os Min. Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que julgavam procedente o pedido formulado, por considerarem que a variação do valor da taxa em função do faturamento do contribuinte equivaleria à adoção desse faturamento como base de cálculo do tributo*. Precedente citado: RE 177.835-PE (DJU 25.05.2001). ADI 1.948-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 04.09.2002 (ADIN 1.948).

²⁴⁸Concluindo o julgamento de recurso extraordinário (v. Informativo 136), o Tribunal, por maioria, decidiu que é constitucional a taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pelo Município de São Carlos – SP (Lei municipal 10.253/89). *O Tribunal entendeu que o fato de a alíquota da referida taxa variar em função da metragem da área construída do imóvel – que constitui apenas um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU – não implica identidade com a base de cálculo do IPTU*, afastando-se a alegada ofensa ao art. 145, § 2º, da CF (“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”). Vencido o Min. Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade da referida taxa por ofensa ao art. 145, § 2º, da CF. RE 232.393-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 12.08.1999.

²⁴⁹Com base na jurisprudência firmada pelo Plenário no julgamento do RE 121.617-SP (DJU de 6.10.2000) no sentido de que o serviço de “construção, conservação e melhoria de estrada de rodagem” não pode ser remunerado mediante taxa uma vez que não configura serviço

Em outras palavras, ressalvado meu entendimento pessoal já manifestado em sede doutrinária²⁵⁰ no sentido da não aceitação da flexibilização da identidade/impropriedade da base de cálculo das taxas *versus* a de impostos, o que, repita-se, cada vez mais está sendo abrandado pelo STF, o tribunal permanece firme no entendimento quanto à inespecificidade e indivisibilidade dos seguintes serviços públicos:

Informativo n. 141 – STF

O **serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa**, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (CF, art. 145, II). Com base nesse entendimento, o Tribunal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários (v. Informativo 138), por votação unânime, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Niterói – RJ (arts. 176 e 179 da Lei n. 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do Município de Niterói-RJ). RREE 231.764-RJ e 233.332-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.03.1999.²⁵¹

Informativo n. 259 – STF

Com base na jurisprudência firmada pelo Plenário no julgamento do RE 121.617-SP (DJU de 6.10.2000) no sentido de que o **serviço de "construção, conservação e melhoramento de estrada de rodagem"** não pode ser remunerado mediante taxa uma vez que não configura serviço público divisível posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II), o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 37/98, do Município de Aracaju-SE, e dos artigos 3º a 6º da Lei 3.133/89, do Município de Araçatuba-SP, que instituíam a cobrança de taxas sobre a conservação e manutenção das vias públicas, cujas bases de cálculo eram próprias de imposto. RE 293.536-SE, rel. Min. Néri da Silveira, e RE 259.889-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 7.3.2002.(RE-293536)(RE-259889)

Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza r

realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros). Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como **taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos**. (RE 576.321-QO-RG, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-12-2008, Plenário, DJE de 12-2-2008, com repercussão geral.) **No mesmo sentido**: AI 552.002-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 13-12-2011, Primeira Turma, DJE de 15-2-2012; AI 559.973-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010; RE 571.241-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em

público específico e divisível posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II), o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 37/98, do Município de Aracaju-SE, e dos artigos 3º a 6º da Lei 3.133/89, do Município de Araçatuba-SP, que instituíam a cobrança de taxas sobre a conservação e manutenção das vias públicas, cujas bases de cálculo eram próprias de imposto. RE 293.536-SE, rel. Min. Néri da Silveira, e RE 259.889-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 07.03.2002.(RE-293536)(RE-259889).

²⁵⁰ANTONELLI, Leonardo Pietro. Taxas: origem, características, competência para instituição, preço público, capacidade contributiva e extrafiscalidade. *Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público*, Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, ano 1, n. 1, p. 141-158, jan.-jun. 2000.

²⁵¹Esse entendimento deu origem à Súmula 670: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

20-4-2010, Segunda Turma, *DJE* de 4-6-2010; **AI 521.533-AgR**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 15-12-2009, Plenário, *DJE* de 5-3-2010; **RE 524.045-AgR**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, *DJE* de 9-10-2009; **AI 632.562-AgR**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, *DJE* de 26-6-2009; **AI 660.829-AgR**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, *DJE* de 20-3-2009; **RE 510.336-AgR**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 17-4-2007, Segunda Turma *DJ* de 11-5-2007; **RE 256.588-ED-EDV**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 19-2-2003, Plenário, *DJ* de 3-10-2003; **AI 245.539-AgR**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, julgamento em 14-12-1999, Primeira Turma, *DJ* de 3-3-2000. **Vide**: RE 501.876-AgR, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 23-2-2011.²⁵²

Em face do art. 144, *caput*, V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a **segurança pública**, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público. Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública. (**ADI 1.942-MC**, Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 5-5-1999, Plenário, *DJ* de 22-10-1999.) **No mesmo sentido**: RE 536.639-AgR, rel. min. **Cezar Peluso**, julgamento em 7-

8-2012, Segunda Turma, *DJE* de 29-8-2012; RE 269.374-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 2-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 22-8-2011; **ADI 2.424**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1º-4-2004, Plenário, *DJ* de 18-6-2004.

Isso significa dizer que a jurisprudência pátria não contrasta com os princípios gerais do direito. A doutrina nacional e a estrangeira caminham juntas ao afastar a incidência de taxas quando não se é possível fixar o contribuinte/beneficiário. Nesse contexto, veio à baila a EC 39/2002, a qual teve que introduzir um novo artigo, antes inexistente, nessa grande colcha de retalhos que é a nossa Carta Magna. Esse novel dispositivo (CF/88, art.

²⁵²No que tange à Taxa de Coleta de Lixo Residencial foi firmada a seguinte Súmula Vinculante “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da CF.” (Súmula Vinculante 19). Essa súmula reformula entendimento anterior, conforme demonstrado nos seguintes informativos do STF: **Informativo n. 292 – STF** – “É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não somente a serviço público de natureza específica e divisível, como a coleta de lixo domiciliar, mas também a prestações de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos, varrição de vias públicas, limpeza de bueiros, de bocas-de-lobo e das galerias de águas pluviais, capina periódica e outros. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que entendera que a Taxa de Limpeza Pública cobrada pelo Município de Belo Horizonte custeava serviço de caráter divisível e específico. Precedente citado: RE 245.539-RJ (*DJU* de 03.03.2000). RE 361.437-MG, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.11.2002. (RE-361437)” e **Informativo n. 301 – STF** – “Concluindo o julgamento de embargos de divergência (v. Informativo 288), o Tribunal, por maioria, decidiu que os serviços públicos custeados pela taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pela Lei 691/84, do Município do Rio de Janeiro, não são específicos e divisíveis para efeito do art. 145, II, da CF (“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ... II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços público e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”). Entendeu-se que o referido tributo vincula-se à prestação de serviços de caráter geral (varrição, lavagem e capinação de vias e logradouros públicos, limpeza de praias e outros), insusceptíveis de serem custeados senão por via do produto de impostos. Vencido o Min. Gilmar Mendes. RE (EDv-ED) 256.588-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.03.2003. (RE-256588)”.

149-A), criou um quarto gênero de contribuições,²⁵³ até então não previsto no ordenamento sistêmico tupiniquim.

Seria essa emenda inconstitucional? Para o STF, seguindo a orientação jurisprudencial brasileira, somente se declara inconstitucional uma norma se ela ofender uma cláusula pétrea (ADIn 939).²⁵⁴ No *leading case* julgado pelo STF sobre a constitucionalidade do IPME, ficou assentado que todos os demais princípios constitucionais dispostos fora do art. 5º da CF/88, que trata dos direitos e garantias individuais, não podem ser abolidos nem por emenda constitucional superveniente, o que implica afirmar que toda e qualquer modificação à Carta Magna que pretendesse afastá-los, deveria ser considerada inconstitucional.

Vejamos, pois, o entendimento fixado pelo STF no *leading case* sobre o tema, ao qual foi atribuída repercussão geral.

3.3.2 O paradigma do STF sobre a constitucionalidade da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública

Em março de 2009, foi concluído pelo STF o julgamento do RE 573.675, Santa Catarina, no qual por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, o Pleno do Tribunal desproveu recurso extraordinário interposto (diga-se, de duvidosa legitimação ativa) pelo Ministério Público Estadual em face do Município de São José. Trata-se do *leading case* na matéria posterior à EC 39/2002, em que o Pretório Excelso teve a oportunidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade da cobrança de contribuição para o custeio de iluminação pública.

A rigor, em 25.03.2009, foi julgado pelo STF o paradigma, ao qual foi atribuído o efeito de repercussão geral, restando assente a constitucionalidade da lei do Município de São José que instituiu a COSIP:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II – A progressividade da alíquota, que

²⁵³Marco Aurélio Greco refere-se às contribuições interventivas como um terceiro gênero. Cf. Contribuição de intervenção no domínio econômico sobre *royalties*, cit., p. 133-151.

²⁵⁴STF, ADIn 939-7/ DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.1994.

resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III – Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV – Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V – Recurso extraordinário conhecido e improvido. (RE 573675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO *DJe*-094 DIVULG 21.05.2009 PUBLIC 22.05.2009 EMENT VOL-02361-07 PP-01404 RTJ VOL-00211- PP-00536 RDDT n. 167, 2009, p. 144-157 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 409-429).

Para fins de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma emenda constitucional superveniente é fundamental verificar o malferimento a algum princípio, seja ele implícito ou expresso (há – lamentável – tradição positivista no País de só reconhecer a existência dos princípios quando eles aparecem formalmente no texto básico).²⁵⁵

No caso *sub judice*, entendeu o STF que os princípios da isonomia, capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade foram observados. Vejamos.

O princípio da isonomia em matéria tributária encontra guarida no art.150, II, da CF/88 e veda que seja promovida qualquer distinção entre contribuintes que estejam na mesma situação jurídica, impedindo da mesma forma a eleição de critérios que os diferenciem em razão da ocupação profissional ou função exercida, bem como na denominação dos rendimentos, títulos ou direitos.

No entanto, é possível, em casos excepcionais, conceder tratamento tributário diferenciado a determinada categoria ou segmento social, desde que tutelado pelo ordenamento jurídico e sob critérios de discriminação também juridicamente válidos. No caso específico da COSIP instituída no Município de São José, o Ministério Público Estadual de Santa Catarina alegou suposta violação à isonomia em razão de não terem sido incluídos no rol de contribuintes todos aqueles que efetivamente se beneficiam do serviço de iluminação pública (de caráter geral e indivisível).

Pois bem. Em seu voto no RE 573.675-SC, o Min. Ricardo Lewandowski refuta tal alegação com argumento de autoridade, no sentido de que uma vez admitida a constitucionalidade do art. 149-A da CF/88 que previu a possibilidade de cobrar a referida contribuição na fatura de energia elétrica, há de admitir que tal dispositivo constitucional mitigou a aplicação do princípio da isonomia²⁵⁶ em virtude das especificidades da própria espécie tributária.

²⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, cit., p. 44.

²⁵⁶ Nas palavras de Ricardo Lewandowski, “[...] o princípio da isonomia, em razão das particularidades da exação em tela, há de ser aplicado com o devido temperamento”. Ver: STF, RE 573675, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 25.03.2009.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva – previsto no art. 145, § 1º, da CF/88 e que decorre do axioma da isonomia – este orienta que, sempre que possível, os impostos devem ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. A rigor, como leciona Francisco José Carrera Raya,²⁵⁷ trata-se de aferir a capacidade de pagamento de cada contribuinte de acordo com a específica capacidade econômica eleita pelo legislador como fato gerador do tributo.

Daí questionar se na COSIP está respeitado de forma absoluta tal princípio constitucional tributário e, mais uma vez, o STF contorna tal discussão com a justificativa de que há espécies de tributos, como a taxa, por exemplo, que não permitem a aplicação do princípio da capacidade contributiva em sua inteireza, sem que isso represente afronta ao ordenamento constitucional, sendo, pois, o caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Da mesma forma, ainda no bojo do acórdão do *leading case*, entendeu o Pretório Excelso estarem respeitados os critérios da razoabilidade e o da proporcionalidade no fato de serem identificados os sujeitos passivos da COSIP em função da faixa de seu consumo mensal de energia elétrica.

Fato é que aquela Corte Constitucional entendeu que por não ser materialmente possível incluir todos os beneficiários da iluminação pública no polo passivo da obrigação tributária e por serem os usuários do serviço prestado pelas concessionárias de energia elétrica – identificados nas respectivas faturas – os principais beneficiários daquele serviço de iluminação, mostra-se plenamente razoável e proporcional que sejam eles os sujeitos passivos de tal tributo.

Nesse passo, por não vislumbrar qualquer violação aos princípios ora mencionados e firme na constitucionalidade da alteração promovida pela EC 39/2002 ao texto da CF/88, por meio da inserção do art. 149-A, o STF confirmou no presente paradigma jurisprudencial (RE 573.675-SC) a legitimidade de os municípios e Distrito Federal, mediante a competente lei instituidora da exação, promoverem a cobrança de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Para Marcus Abraham, a Contribuição para Iluminação Pública se trata de uma “modalidade de tributo do gênero das contribuições, que se caracterizam pelo benefício individual auferido pelo contribuinte, relativo à atividade estatal em favor de determinado grupo de natureza difuso”.²⁵⁸ Com isso, o autor afasta as críticas que identificam inconstitucionalidade da Emenda que a criou, mas propõe uma reflexão, que serve de conclusão:

Seria razoável que todas as vezes em que o Estado se encontrar em situação financeira limitada, seja pelas manifestações do Poder Judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de

²⁵⁷CARRERA RAYA, Francisco José. *Manual de derecho financiero*. Madrid: Tecnos, 1993. v. 1, p. 92.

²⁵⁸ABRAHAM, Marcus. *As emendas constitucionais tributárias*, cit., p. 170.

uma norma fiscal, seja pelas circunstâncias fáticas que surgirem, este pudesse sentir-se livre e franqueado a criar novos tributos, espécies ou subespécies de exações para o custeio das suas atribuições. Estaria esta prática em linha com os valores do Estado Democrático Fiscal de Direito? [...] o que se que chamar à atenção por estas indagações é que, em dado momento, o que hoje temos como legal e constitucional poderá deixar de ser legítimo, razoável e justo.²⁵⁹

CONCLUSÃO

A ideia de separação de poderes contemporânea vem acompanhada da noção de interdependência entre eles, para que um possa controlar o outro.

A linha divisória entre o conceito de separação de poderes antigo e moderno se deu com a Segunda Guerra. Antes dela tínhamos uma cultura legicêntrica, com o Parlamento e suas leis sendo a fonte principal do Direito. Depois, as constituições instituem mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do próprio legislador, hiperconstitucionalizando-os a ponto de possibilitar que todos os temas que envolvam a sociedade possam ser levados à discussão Constitucional.

A redemocratização do Brasil, com a Carta de 1988, a constitucionalização de matérias que antes não faziam parte do texto magno e a abrangência do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade acarretam na **judicialização**, ou seja, questões de larga repercussão política e social passam a ser decididas pelo Judiciário e não mais pelas clássicas instituições políticas como o Congresso e o Executivo. Difere, pois, de **ativismo judicial**, expressão cunhada nos Estados Unidos, por força da jurisprudência progressista daquela Suprema Corte, quando presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, decorrente dos grandes avanços em matéria de direitos fundamentais por ela perpetrados, independentemente de qualquer ato do Congresso.

Em outras palavras, o ativismo judicial é constatado quando há uma proatividade na interpretação da Constituição, ampliando o seu alcance a fim de dar efetividade às demandas sociais. Um exemplo clássico e de grande complexidade ocorre em matéria de saúde, “direito de todos e dever do Estado”, em que os entes públicos são condenados a prestar tratamentos milionários a pessoas com doenças raras em detrimento de uma grande maioria de desassistidos. Sobre esse tema, já pude me manifestar no artigo sobre os limites do Judiciário dizendo

que, nessas hipóteses, o intérprete deve compatibilizar esse direito social com a reserva do possível, sem perder de vista o mínimo existencial.²⁶⁰

²⁵⁹Idem, ibidem, p. 171.

²⁶⁰ANTONELLI, Leonardo Pietro. Os limites do Judiciário. *Jornal O Globo*, 03.05.2010, p. 6.

Como resposta à postura ativista do Judiciário, surge o fenômeno da correção legislativa da jurisprudência que é a reação do Congresso, por meio de emenda constitucional ou lei, modificando conscientemente determinada interpretação judicial, fazendo com que a decisão final sobre determinado assunto controvertido não necessariamente tenha seu fim no âmbito do Judiciário.

Essa possibilidade de reforma do entendimento judicial, independentemente de previsão legal, é aceita pela doutrina e jurisprudência. Como demonstrado na Constituição brasileira, o Poder Legislativo não se sujeita ao efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, em ação declaratória de constitucionalidade e Súmulas Vinculantes.

No sistema Norte-Americano sujeito à *Common Law*, cuja fonte principal são as decisões judiciais, adota-se o *judicial review* sobre normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso significa dizer que, apesar de rígido o processo de elaboração e aprovação de emendas à Constituição, a correção é facilitada nos Estados Unidos pela via da lei infraconstitucional, tendo em vista que aquela Suprema Corte tem competência para julgá-la.

A forma menos traumática para a solução das tensões entre os poderes é a adoção da doutrina do diálogo constitucional, que busca uma convivência harmônica entre constitucionalismo e democracia. Objetiva-se que o Poder Judiciário possa indicar os parâmetros que permitiriam o reconhecimento da constitucionalidade de uma norma, tal como exemplificado quando analisamos o Caso da Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA), paradigma da harmonização dos três poderes, em que foram extirpados pela lei superveniente os vícios de inconstitucionalidade contidos na legislação pretérita. O Judiciário, inclusive, pode e deve, reconhecendo que determinada decisão por ele tomada no controle de constitucionalidade não é a melhor solução para o caso, instar o legislador a manifestar-se por nova regulação, servindo de paradigma o caso dos mandados de injunção analisados.

A correção legislativa da jurisprudência não pode se dar sem limites, sob pena de ir de encontro à confiança depositada pelo eleitor. Não há limite formal que obste a edição de ato normativo pelo Legislador em sentido idêntico ao declarado inconstitucional pelo Judiciário, seja por emenda constitucional ou legislação infraconstitucional. Repita-se: o Legislativo não está sujeito aos efeitos das ADIns, ADCTs e Súmulas Vinculantes. Quanto ao limite material, a imensa maioria da doutrina e da jurisprudência não vislumbra afronta à cláusula pétreia da separação dos poderes a promulgação de emenda constitucional que vise a modificar entendimento jurisprudencial. Sob a ótica da Corte Constitucional brasileira, somente na hipótese de emenda emanada pelo constituinte derivado que pretenda abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV) é que ocorreria uma norma superveniente inconstitucional.

Inúmeros casos concretos foram investigados. Destacou-se as emendas corretivas que permitiram a progressividade de alíquotas nos impostos reais (IPTU, IPVA, ITR, por meio das ECs 29/2000 e 42/2003), a incidência do ICMS na importação por pessoa física (EC 33/2001) e a criação da COSIP (EC 39/2002).

Em matéria infraconstitucional foi identificada uma antinomia do STF. Em 2005, ao julgar lei superveniente – que manteria a prerrogativa de função mesmo após a cessação da investidura – entendeu ser inadmissível lei tentar inverter a sua missão de intérprete final da Constituição, posto que a Corte não estaria sujeita ao referendo do Legislador. Todavia, três anos após, o mesmo Tribunal, ao julgar outra lei superveniente – que garantia a contagem do tempo de serviço prestado fora de aula pelos professores para fim de aposentadoria especial – deu interpretação conforme e adequou a sua jurisprudência sumulada (n. 726), provendo nessa parte a ação.

Em matéria constitucional foi identificada outra antinomia do STF. Após a Corte Suprema exigir a promulgação de sucessivas emendas constitucionais para que se pudesse instituir a progressividade de alíquotas nos impostos reais (ou sobre a coisa) IPTU, IPVA e ITR, o Plenário do Tribunal, em 2013, possibilitou a sua adoção no imposto sobre a transmissão *causa mortis* (ITDCM), independentemente de autorização expressa na Constituição. Afirmou-se que todos os impostos estariam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tivessem caráter pessoal. Esse estudo de caso é paradigma para a adoção da teoria do diálogo constitucional, especialmente por se tratar de lei ordinária que possibilitou a Corte rever o seu entendimento.

A toda evidência, observa-se que o Guardião da Constituição, no caso concreto acima citado, fez uma ponderação de valores e optou por privilegiar a justiça fiscal em detrimento da segurança jurídica. A mesma tendência já pode ser observada em outros julgados do STF colacionados, tal como aquele que reconheceu a possibilidade de decreto fixar as atividades sujeitas aos graus de riscos relativos à contribuição para o seguro de acidentes do trabalho (SAT), mitigando o princípio da legalidade, cujo corolário é a segurança jurídica, e privilegiando a capacidade contributiva que traz uma noção de justiça fiscal.

Também no capítulo que trata sobre o estudo de casos concretos, com a licença poética, foi apresentada uma profecia acadêmica. Em que pese a iterativa jurisprudência do STF afirmar que não incide IPI sobre bem importado por pessoa física não contribuinte, inclusive com diversos julgamentos monocráticos, foi sustentada a possibilidade da encampação pela Corte Suprema da teoria do diálogo constitucional no RE 723651, pendente de julgamento e recentemente afetado como de Repercussão Geral pelo Plenário (n. 643). Na prática, caso a profecia se realize, poderá ser legitimada a cobrança do IPI, com base nos mesmíssimos fundamentos que levaram o STF a manter a cobrança do ICMS na importação por pessoa física.

É bem verdade que no caso do IPI inexistia emenda constitucional superveniente que legitime a cobrança, mas no caso estudado do ITCDM também não havia e o STF se curvou à interpretação do Legislador, por meio da teoria do diálogo constitucional. Eis a questão.

Por fim, e não menos importante, foi estudado o paradigma do STF sobre a constitucionalidade da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, comprovando-se, pela análise da Proposta de Emenda Constitucional criadora da mesma, que sua única finalidade era suprir a incapacidade da maioria dos municípios brasileiros no custeio desse serviço, tendo em vista que a arrecadação estava prejudicada pela reiterada declaração da inconstitucionalidade das taxas que as antecederam.

Enquanto impostos serviriam para custear a iluminação pública, serviço inespecífico e indivisível, o Congresso promulga uma emenda, desmantela o caráter sistêmico do direito tributário, introduz mais um retalho na colcha tributária que se tornou a Carta Magna e o Supremo convalida a cobrança, tendo em vista que o único óbice aceito para declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional superveniente seria a ofensa à cláusula pétrea, o que não ocorreu no caso concreto investigado.

Concluo esperando que esta modesta monografia sobre correção legislativa da jurisprudência possa servir de inspiração para que outros colegas aprofundem as questões trazidas ao longo do texto e que não são objeto deste estudo, tal como o cabimento de ação rescisória a ser proposta pela Fazenda Pública em relação às decisões que afastaram a progressividade nos impostos reais, tendo em vista o estudo do Caso ITDCM.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **As emendas constitucionais tributárias**. E os 20 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALVES, Henrique Napoleão. **Segurança jurídica e a teoria do direito subjetivo à justiça fiscal**. In: DERZI, Misabel (Coord.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANTONELLI, Leonardo Pietro. **Emenda Constitucional n. 29/2000 – Progressividade do IPTU**. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, ano 9, jul.-ago. 2001.

_____. **Fundos públicos fora da linha de pobreza**. *Revista Custo Brasil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 9, jun.-jul. 2007.

_____. **O limite das reformas constitucionais em matéria tributária.** In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Os limites do Judiciário.** *Jornal O Globo*, 03.05.2010.

_____. **Taxas: origem, características, competência para instituição, preço público, capacidade contributiva e extrafiscalidade.** *Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público*, Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, ano 1, n. 1, jan.-jun. 2000.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr.-jun. 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** Nota de atualização de Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and separation-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). *Making policy, making law: na interbranch perspective.* Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan.-jun. 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** *REPER*, Salvador: IBDP, mar.-maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REPER-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2013.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** *REPER*, Salvador: IBDP, n. 18, abr.-jun. 2008.

BASTO, Paulo Nelson Lemos. **ICMS – Importação de bens para uso próprio e a Emenda Constitucional n. 33/01.** *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 86, 2002.

BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. **The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship.** In: MILLES, Mark C.; BARNES, Jeb. (Ed.). *Making Policy, Making Law: na interbranch perspective.* Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch.** 2. ed. New Have: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. **Estado, ambiente, justiça fiscal e tributação. A progressividade do IPTU**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Texto integral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto integral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. **Decreto-Lei 1.564, de 05.09.1939**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1564&tipo_norma=DEL&data=19390905&link=s>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. **Decreto-Lei 2.346, de 10.10.1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

_____. **Emenda n. 1, de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. **Lei n. 9.430/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

_____. **Lei Complementar n. 114/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp114.htm>. Acesso em: 29 maio 2013.

_____. **Lei n. 9.394/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

BRUNA, Sérgio Varela. **Mesa-redonda 2: o cotidiano judiciário e a representação das agências em um contexto de judicialização**. In: SALGADO, Lucia Helena (Org.). *Marcos Regulatórios no Brasil: judicialização e independência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009.

CALVO ORTEGA, Rafael. **Curso de derecho financiero I – Derecho Tributario (Parte General)**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almeida, 1986.

_____. _____. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRERA RAYA, Francisco José. **Manual de derecho financiero**. Madrid: Tecnos, 1993. v. 1.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. **A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança**. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 46, p. 113/119, jul.-set. 2009.

CHEVRON U. S. A. **Natural Resources Defense Council**. INC., ET AL. 467 U.S. 837. Supreme Court of United States. Argued February 29, 1984. Disponível em:

<http://scholar.google.com.br/scholar_case?case=14437597860792759765&hl=pt-PT&as_sdt=0&scioldt=0>.

Acesso em: 8 out. 2012.

CHIESA, Clélio. EC 33 – **Dois novos impostos rotulados de ICMS**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 90, 2003.

DERBLI, Felipe. **Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, 2004.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Segurança jurídica como fator de concorrência tributária. In: VELLOSO, C.M.S.; ROSAS, R.; AMARAL, A.C.R. (Org.). **Princípios constitucionais fundamentais**. São Paulo: LEX, 2005. v. 1, p. 799-816.

DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. **A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais**. Fortaleza: XIX CONPEDI, jun. 2010. (paper)

ESKRINDGE JR, W.N. **Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions**, *The Yale Law Journal* 101 (2) (331-455, 1991).

FAORO, Rayundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significado e alcance das cláusulas pétreas**. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 202, out.-dez. 1995.

FISHER, Louis. **Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says. Extentions**. Carl Albert Congressional Research and Studies Center. University of Oklahoma, 2008.

_____. **Judicial finality or na on ging colloquy?** In: MILLER, Mark C.; BARNES, Je. (Ed.). *Making policy, maling law: na interbranch perspective*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

GARCÍA NOVOA, César. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuição de intervenção no domínio econômico sobre royalties*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 99, p. 133-151, dez. 2003.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. *Revista de Direito do Estado*, n.4, p. 3-22, 2006.

HABERLE, Peter. **Entrevista realizada em 21.04.2009, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, quando He foi concedido título de Doutor Honoris Causa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 27 maio 2013.

_____. **Hermenêutica constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *The Federalist*, n. 51, 1788.

Informativo STF n. 133.

Informativo STF n. 141.

Informativo STF n. 176.

Informativo STF n. 54.

Informativo STF n. 436.

Informativo STF n. 569.

KRAMER, Larry. *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. *Revista Esmafe*, Recife: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27203>>. Acesso em: 4 fev. 2010.

LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. **A Emenda Constitucional n. 33/01 e o “novo” ICMS-Importação**. Manutenção da “transferência de titularidade” como núcleo constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito PUC-SP, 2007.

LIMA, Rogério. **A inconstitucionalidade do IPI na importação**. *RDDT*, n. 77, p. 128 e 132.

LIPKIN, Robert Justin. *With Constitution? Who Decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution*. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 23, p. 1056-1132, 2006.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fones, 2001.

LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo. **Alteração da competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01**. Dissertação (Mestrado). Programa de pós-graduação em direito PUC-SP, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988**. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, 1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A inconstitucionalidade da norma antielisão. Planejamento tributário & a norma geral antielisão**. Paraná: Juruá, 2002.

_____. Emenda **Constitucional n. 33/2001: inteligência das disposições sobre CIDE e o ICMS nela incluídos**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 169, set. 2002.

_____. **O ativismo judicial e a ordem constitucional**. *RBDC*, n. 18, p. 2, jul.-dez. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre poderes no Estado**. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n. 103, jul.-set. 1989.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: UERJ, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7317/000498167.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 set. 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF, 2008.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Contradições no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitucional deliberation in congress**. Duke: Duke Universit Press, 2004.

PIRES, Adilson Rodrigues. Prefácio. **Contradições no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação**. Política direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte (legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUBENSTEIN, David S. **"Relative checks": towards optimal control of administrative power**. Washburn University, 2019. p. 2230-2232. (paper)

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais – Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em:

<<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>.

Acesso em: 10 maio 2013.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDRE, Larry. **Defending judicial supremacy: a reply**. *Constitutional Commentary*, 2000. v. 17, n. 3. p. 455-482.

_____. **On extrajudicial constitutional interpretation**. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

SEGUNDO MACHADO, Hugo de Brito. **Contribuições e federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de direito tributário**. 26. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

SENGÈS, Gustavo. **O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**.

REDE. Salvador, IBDP, n. 11, p. 6, jul.-set. 2007. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006.

TIPKE, Klaus. **Sobre a unidade da ordem jurídica tributária**. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio. *Direito tributário*. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. **Temporalidade e segurança jurídica – Irretroatividade e anterioridade tributárias**. *Revista da PGFN / Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional* – v. 1, n. 1, Brasília: PGFN, jan.-jun. 2011.

Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-i/helena.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária**. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, abr.-jul. 1993.

_____. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15. ed. atual até a publicação da Emenda Constitucional n. 56, de 20/12/2007. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Legalidade tributária e riscos sociais**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 59, ago. 2000.

_____. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3

_____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

_____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista de direito da FGV*, São Paulo, 2008.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Outros sites consultados:

491U.S.397(1989). Disponível em:

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html

acesso em 31.05.2013.

496 U.S. 310. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/310/> Acesso em 31.05.2013.

www.stf.jus.br.

www.stj.jus.br.

<http://www.freedomforum.org/packages/first/Flag/timeline.htm> Acesso em 31.05.2013.

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5525.ZS.html> acesso em 03.06.2013.

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/95-2074> acesso em 03.06.2013.

Jurisprudência:

MI 670/ES. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 16 maio 2013.

Proposição n. 504/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço:

<http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696>. Acesso em: 16 set. 2010.

Proposição n. 559/02 e sua tramitação disponível no sítio da Câmara dos Deputados no endereço:

<http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=59119>. Acesso em 16 set. 2010.

Trabalho enviado em 11 de fevereiro de 2014.

Aceito em 25 de março de 2014.