

O ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

João Paulo Melo do Nascimento
Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Uerj
Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado
Procurador-Assistente da Procuradoria Tributária
Representante da Fazenda junto ao Conselho de Contribuintes do RJ

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; controle judicial; tributo; incidência tributária; competência; Constituição; interpretação.

KEYWORDS: judicial activism; judicial control; tax; tax incidence; competence; Constitution; interpretation.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o controle judicial sobre as leis de incidência tributária, criticando a postura ativista e prestigiando a interpretação da Constituição pelo Legislativo. Ao longo da história da jurisdição constitucional brasileira, diversos fatores contribuíram para o fortalecimento do Judiciário em relação aos demais poderes: o constitucionalismo, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a doutrina da tipicidade fechada em Direito Tributário, a natureza de regra definitiva das normas de repartição de competência tributária, a vagueza da linguagem constitucional, entre outros. Como consequência, é comum que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de leis com base em concepções formadas jurisprudencialmente, como se o Sistema Tributário Nacional estivesse completamente encerrado na Constituição, e não fosse também construído pela lei.

ABSTRACT: This workhas the intent to analyze the judicial control over the tax rules, criticizing the activism and privileging the constitucional interpretation by parlament. In Brazilian constitucional jurisdiction, several reasons increase judiciary among other powers: constitucionalism, with recognition of normative strength of constitucion, the legal type doctrine in tax law, the definite rule of tax competence, the vagueness language in constitucion, among others. Consequently, it is commom that the Supreme Court declares unconstitucionality of laws by its own concecptions, as if taxation system were completely on constitucion, and were not formed by law as well.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da jurisdição constitucional brasileira, diversos fatores contribuíram para o fortalecimento do Judiciário em relação aos demais poderes: o constitucionalismo, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a doutrina da tipicidade fechada em Direito Tributário, a natureza de regra definitiva das normas de repartição de competência tributária, a vagueza da linguagem constitucional, entre outros.

Como consequência, é comum que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de leis com base em concepções formadas jurisprudencialmente, como se o Sistema Tributário Nacional estivesse completamente encerrado na Constituição, e não fosse também construído pela lei.

A doutrina da "tipicidade fechada" no Brasil por muitos anos serviu aos interesses do contribuinte, invalidando exações que não se subsumissem perfeitamente na abstração de conceitos fechados. Muitas vezes, a lei de incidência foi declarada inconstitucional pelos tribunais, por não se enquadrar em conceitos cujos significados foram formados jurisprudencialmente, a partir da interpretação dos enunciados constitucionais de competência.

Dessa forma, partindo de uma lógica subsuntiva e conceitual, o Supremo Tribunal Federal casuisticamente preencheu o sentido das materialidades contidas em cada regra de competência: renda (IR – Imposto sobre a Renda), circulação de produtos industrializados (IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados), circulação de mercadorias (ICMS – Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), prestação de serviços (ISS – Imposto sobre Serviços de qualquer natureza), entre outras.

O desempenho dessa atribuição muitas vezes foi exagerado, desprestigiando legítimas manifestações do legislador. A pretexto de controlar o exercício dessa competência, o Judiciário se revelou ativista, em prejuízo da legitimidade democrática e do rigor técnico das decisões. Consequentemente, restou diminuído o espaço de discricionariedade legislativa para a imposição tributária.

O desequilíbrio dessa tarefa repousa na inexistência de parâmetros hermenêuticos que permitam identificar o que é constitucionalizado na regra de competência, e o que resta de liberdade ao legislador, tendo em vista o grau de vagueza da linguagem. Some-se a isso a dogmática estritamente conceitual da doutrina da "tipicidade fechada" e a tendência de ativismo da jurisdição constitucional, fatores que reduzem ainda mais o espaço de conformação legislativa.

Como resultado, atualmente a maioria das discussões tributárias se dá no plano constitucional, como se o Sistema Tributário Nacional estivesse todo encerrado na Constituição, e não pudesse ser extraído a partir da lei infraconstitucional.

É bem verdade que a regra de competência limita a discricionariedade do poder Legislativo, mas não a esvazia completamente. A Constituição veicula uma moldura de significados, desenhada pelos limites semânticos do texto, dentro da qual o legislador possui um espaço de conformação.

Dessa forma, não há um esgotamento dos significados pela Constituição, nem espaço para arbitrariedade do legislador, porquanto a competência está delineada pelos limites textuais do enunciado constitucional.

O principal objeto do presente trabalho consiste em demonstrar que a interpretação



constitucional, no que tange aos conceitos contidos nos enunciados de competência dos impostos, é uma tarefa que incumbe aos três Poderes e à sociedade, de sorte que o Judiciário não possui a palavra final sobre o tema. Pelo contrário, a interação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário contribui para o atingimento de decisões mais justas e democráticas.

Muito embora a jurisprudência nacional tenda a reconhecer uma função preponderante do Judiciário, o trabalho investigará a atuação que incumbe a cada Poder na interpretação da Constituição. Dessa forma, com base no estudo crítico do ativismo judicial, buscar-se-á defender uma autocontenção desse Poder, frente às manifestações legislativas já existentes. Com efeito, deve ser reconhecido que o legislador exerce um papel criativo e decisório no preenchimento do sentido desses conceitos.

OS PREJUÍZOS DO ATIVISMO JUDICIAL À DEMOCRACIA

O primeiro malefício do ativismo judicial é o deficit de legitimidade democrática. Como os juízes não são eleitos, não se revestem da representatividade conferida pela maioria para tomar decisões para além do campo do direito.

É bem certo que nossa Constituição, assim como a maioria dos Estados democráticos, reserva uma parcela do poder político para ser exercido por órgão não eleito, cuja acessibilidade se justifique pelo mérito e cuja atuação seja pautada pela técnica e imparcialidade. Isso significa, porém, que a legitimidade desse Poder repousa na sua função precípua: o controle dos desmandos dos demais, diante de um vício no desempenho da maioria ocasional.

Um segundo risco do ativismo judicial é a

politização da Justiça[1]. Não se ignora a feição política da jurisdição constitucional, uma vez que sua decisão é, em última análise, fruto da vontade da maioria, já que se pauta na Constituição e nas leis. Ademais, é quase impossível se dissociar completamente da realidade e da política e ignorar-se os desejos pessoais e as ideologias do julgador, como proclama o realismo jurídico. Contudo, a politização aqui criticada iria além, substituindo a vontade popular pela do próprio julgador, que se arvora de paixões e eloquências próprias do embate parlamentar, até mesmo perante a mídia, em vez de se conduzir pela argumentação jurídica racional.

Afinal, não é só o Executivo e o Legislativo que estão limitados pela Constituição e pelas leis, mas a juridicidade também funcionaliza o Judiciário. Ele também exerce poder representativo, delegado pela vontade popular. Portanto, sua existência se justifica pelo atendimento ao interesse público, já expresso nas leis.

Uma terceira crítica é a capacidade institucional do Judiciário. A formação dos julgadores, que em geral possuem uma visão limitada de microjustiça e são desprovidos de conhecimentos técnicos específicos, gera um défice técnico em comparação com a decisão de outros Poderes[2].

Dessa forma, o Judiciário deve deferência a uma decisão resultado de um processo administrativo ou legislativo pautado em estudos e pareceres técnicos[3].

De outro lado, a decisão judicial costuma ignorar os efeitos sistêmicos, por ser naturalmente produzida num ambiente de microjustiça[4], que ignora efeitos externos sobre outras relações não postas em juízo. É como se os diversos entendimentos jurisprudenciais realizassem "minirreformas" tributárias, naturalmente ignorando uma visão de conjunto imprescindível para uma mudança eficiente.

Não raro, a inconsistência técnica de uma decisão judicial se revela em casos futuros, antes não imaginados pelo julgador. A impossibilidade de reprodução da máxima, antes firmada quando dos primeiros julgamentos, leva a uma virada de jurisprudência, causando grave insegurança, sobretudo em países de tradição romano-germânica, em que as cortes não se vinculam a decisões dos tribunais hierarquicamente superiores, diferentemente do sistema da common law.

1 A judicialização da política – e seu fenômeno reverso, a politização da justiça – foi cunhada na década de 20, no debate entre Hans Kelsen, que defendia uma justiça constitucional, e Karl Schmidt, segundo o qual o guardião da Constituição deveria ser o presidente do Reich, Adolf Hitler, pois precisava ter representatividade popular. Caso contrário, a política seria juridicizada e a justiça seria captada pela política. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 85.

2 "Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle". BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.225.

3 Cite-se, por exemplo, a Súmula Vinculante nº 7 do STF, com o mesmo teor do Enunciado da Súmula nº 648 do STF ("A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar"). Quando o artigo 192 da Constituição limitou os juros reais a 12% (doze por cento), o STF entendeu que seria necessária lei complementar que definisse o que são juros reais, por isso a regra não seria autoaplicável. Não seria papel da Constituição engessar a taxa de juros praticada por instituições financeiras num mercado tão dinâmico. Ademais, essa matéria dependeria de conhecimento técnico altamente especializado em Economia, que não é detido pelos operadores do Direito.

4 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**. v. 21, p.123-160, 2011. "Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado".

Sob o ponto de vista da população, o debate jurídico exclui a participação da maioria, que espera a providência de juízes heróis[5], tendo em vista as limitações inerentes ao processo judicial e a elitização da linguagem jurídica. Esse distanciamento vem sendo mitigado por instrumentos de participação coletiva nos processos, como audiências públicas e amicus curiae, mas ainda são insuficientes.

Nesse cenário de judicialização, de supremacia judicial e de ativismo, duas alternativas fortalecem a democracia: (i) a teoria dos diálogos constitucionais; (ii) a autocontenção judicial, em prestígio ao exercício regular do poder.

A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS COMO SOLUÇÃO PARA OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL

A teoria dos diálogos constitucionais[6] surge como um caminho do meio entre a supremacia do Judiciário e a do Parlamento. Abandona-se tanto a visão romântica do "juiz Hércules"[7] protetor das minorias, como a do legislador como encarnação da vontade popular. Tendo em mente as vantagens e as desvantagens de cada um dos extremos, percebe-se que nem a lei é sempre a manifestação da vontade da maioria, nem a jurisdição é sempre contramajoritária, de modo que o grau de democracia de uma decisão deve ser, antes, aferido a partir do seu resultado, e não necessariamente de um desenho institucional entre os Poderes.

A teoria foi cunhada no Canadá[8] e ganhou espaço nos Estados Unidos[9] durante os anos 90, ressaltando que a interpretação constitucional não é responsabilidade apenas da Suprema Corte, mas de toda a sociedade. Logo, as questões constitucionais não são decididas com base apenas em interpretações judiciais.

Segundo essa teoria, a melhor interpretação surge a partir de uma interação dialógica entre os Poderes, no exercício da respectiva função precípua de cada um, que exerce pressão política sobre o outro para que seu objetivo prevaleça. No final, tende a subsistir a melhor solução. Exemplo típico é a promulgação de novo diploma legislativo após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, reabrindo o debate acerca da questão.

Contrapondo-se à supremacia extremada, o diálogo pressupõe não existir uma legitimidade ex ante para as decisões da Suprema Corte, as quais devem passar pelo teste de conteúdo, somente se justificando se forem compatíveis com a Constituição. Esse exame é travado perante todos os Poderes e a sociedade. De fato, já há muito se reconhece que a interpretação da Constituição não constitui monopólio de ninguém, estando aberta a todos, conforme preconiza Peter Häberle em sua teoria da sociedade aberta

5 É emblemático o assédio da mídia ao Ministro Joaquim Barbosa, que nas redes sociais chegou a ser comparado com o personagem Batman, associando sua toga a uma capa de super-herói, em virtude de sua atuação no julgamento do "mensalão" (Ação Penal nº 470/MG)

6 BRANDÃO, Rodrigo. Op.cit., p.217. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Direito tributário e diálogo constitucional. Niterói: Impetus, 2013. p. 64. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004. p. 21.

7 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 377-492.

8 HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn't such a bad thing after all. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Apud OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Op.cit., p.43.

9 HARRIGER, Katy J. Cues and miscues in the constitutional dialogues. **The Review of Politics**, The University of Notre Dame, Notre Dane (IN), v. 60, n. 3, 1998, p. 497. Apud OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Ibid., p. 46.

dos intérpretes da Constituição[10].

Não se defende a insubordinação dos Poderes e da sociedade às decisões judiciais. Pelo contrário, no nosso Estado de Direito a lide é dirimida pelo Judiciário com caráter definitivo, e as partes do processo devem aceitar essa regra do jogo. As decisões vêm, inclusive, cada vez mais transcendendo os limites subjetivos do processo para atingir toda a sociedade, em prestígio à isonomia e à harmonia do sistema.

O que se defende é que o pronunciamento do STF não encerra o debate sobre a questão constitucional, o qual pode ser reaberto por pressões sociais ou pela promulgação de novo diploma normativo[11]. Nesse diálogo institucional, cada ator contribui com sua capacidade institucional para se chegar à melhor solução.

Há que se diferenciar a definitividade da decisão judicial sobre uma controvérsia concreta posta em juízo, o que se espera para o funcionamento do Estado, da definitividade da decisão acerca de uma questão sobre a interpretação de um princípio ou conceito constitucional, esta sim em permanente abertura para toda a sociedade. A interpretação constitucional para o passado, acerca de lides concretas postas em juízo, podem e devem ser solucionadas com definitividade pelo Judiciário. Já o sentido futuro da Constituição não é monopólio de ninguém, mas continua nas mãos do povo, por meio dos mais diversos atores sociais.

Nesse mister, não há órgão com papel supremo. Não há nenhuma instituição que detenha prevalência apriorística na determinação do sentido da Constituição, pois todas são falíveis. Há, no máximo, preferências prima facie a depender da capacidade institucional de cada Poder. Por exemplo, há quem defenda que o Legislativo teria, a princípio, maior expertise para formulação de políticas públicas, enquanto o Judiciário, para proteção de direitos fundamentais. Isso levaria a uma presunção relativa de legitimidade[12], que poderá ser confirmada ou não, a depender do seu conteúdo. Logo, não há como legitimar a decisão por parâmetros fixados ex ante, mas apenas após o exame do seu teor.

Esse modelo dialógico possui diversas vantagens. Em primeiro lugar, contribui para um debate mais plural, pois abre espaço para diversas instituições, e evita o uso arbitrário do poder por aquele que se arvora de uma pretensa hegemonia sobre os demais. De fato, as melhores soluções são alcançadas pela constante exposição a críticas que ressaltem os pontos fortes e fracos de cada proposição. Já modelos que preconizam uma absoluta e apriorística supremacia de uma solução independentemente do debate público acerca do seu conteúdo favorece a formulação de dogmas e sofismas.

Em segundo lugar, uma fiscalização recíproca e constante entre os Poderes extrai o máximo das virtudes de cada instituição, pois cada um contribui com seu arsenal técnico para o

10 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

11 "Costuma-se repetir, de forma até mecânica, que 'decisão judicial não se critica, apenas se cumpre'. Tal frase, em sua despretensão, revela a herança positivista e autoritária de nossa tradição jurídica. Por certo, o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente a sua aceitação acrítica por quem quer que seja. Decisão judicial se critica, sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associações de moradores". BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.115.

12 BRANDÃO, Rodrigo. Op.cit., p.217-223.



atingimento da decisão mais justa.

Em terceiro lugar, a provisoriedade dos resultados das deliberações favorece a abertura constante do debate, mantendo o resultado sempre vivo e atual. Por essas razões, o mencionado autor valoriza um modelo de democracia deliberativa para a definição do conteúdo da Constituição, mediante o diálogo entre as instituições.

Por exemplo, não é possível dizer que a decisão do STF sobre a união homoafetiva tenha sepultado a controvérsia. A partir da decisão prolatada na ADPF 132[13], inúmeras reações continuaram a acontecer no país, tanto por movimentos sociais conservadores, como pelo fortalecimento da bancada religiosa do Congresso.

Nesse sentido, o que garante a legitimidade da decisão judicial, isto é, sua "accountability" face à vontade popular, é sua neutralidade política, por meio da estrita vinculação a regras prévias e claras, e a prevalência da vontade do legislador, pela possibilidade de o Parlamento aprovar lei que supere a deliberação jurisdicional.

Dessa forma, decisões judiciais muito complexas, construídas a partir de normas muito abertas e cuja palavra final sobre hermenêutica constitucional seja exclusivamente reservada ao STF, possuem baixo grau democrático. Prefere-se, pois, (i) que o Judiciário seja deferente diante de normas vagas e conceitos cinzentos; (ii) e que a interpretação esteja aberta ao diálogo constitucional, de modo que o sentido da Constituição seja constantemente construído a partir de uma complexa interação entre os Poderes e a sociedade civil.

Assim, os problemas do ativismo e da supremacia judiciais não seriam solucionados pelo fim do controle de constitucionalidade, nem pela redução da autonomia do Judiciário, tampouco pelos meios de pressão política para alinhamento

13 BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 05 maio. 2011.

à opinião pública e à plataforma do governo – tais como a aprovação do orçamento do Judiciário pelo Congresso (art. 165), a fixação do subsídio dos seus membros (art. 96, II, b), a nomeação dos membros do STF pelo Presidente e sua respectiva sabatina pelo Senado (art. 101, §único).

Antes, o diálogo constitucional verificado numa democracia madura independe desses artifícios, podendo se verificar no efetivo debate sobre o conteúdo das decisões, tanto diretamente pela opinião pública, como indiretamente pelos representantes do povo.

A CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE DIÁLOGO

Talvez a principal forma de diálogo constitucional no Brasil seja a correção legislativa da jurisprudência. Há diversas decisões do STF que foram superadas pela aprovação de emenda constitucional. É o caso da progressividade do IPTU[14], cuja inconstitucionalidade foi superada pela aprovação da EC 29/2000; a incidência do ICMS sobre importação por pessoa física foi possibilitada pela EC 33/2001[15]; a incidência de contribuição social sobre a remuneração de trabalhadores não celetistas foi introduzida expressamente no art. 195, I pela EC 20/1998; o entendimento acerca da impossibilidade de cobrança de taxa de iluminação pública foi superado pela aprovação da EC 39/2002[16].

De um lado, há quem defenda que esse procedimento dê azo a uma tirania das maiorias que suplantam as minorias via emenda. De outro, os defensores argumentam que o contrário levaria a um governo dos juízes, em que a decisão judicial valeria mais do que a atividade do Parlamento.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra. A teoria da argumentação[17] propugna a fundamentação racional das decisões judiciais justamente para viabilizar o controle social sobre elas. Uma das vias desse controle se verifica pelo exercício representativo do poder, por meio do processo legislativo[18].

São inegáveis as vantagens desse diálogo. Por exemplo, as consequências negativas das decisões do STF em cada um dos casos citados acima restaram amenizadas pelo Congresso.

Por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade das contribuições dos autônomos, com a consequente repetição de indébito, gerou um deficit para o sistema previdenciário, já que os benefícios continuaram sendo pagos sem a respectiva fonte de custeio. Independentemente do acerto da decisão, era imprescindível a aprovação de uma emenda que legitimasse a cobrança[19].

O mesmo se diga a respeito da importação por pessoa física. A não incidência do ICMS ofendia o princípio do país de destino, pois se abriu mão do imposto do local de origem da mercadoria para que a tributação se verificasse aqui, da mesma maneira que o Brasil deixa de tributar suas exportações. Além disso, criou-se situação mais favorável do que para as mercadorias brasileiras, que arcam com o ônus do imposto[20].

Como se vê, a interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso funcionou para se chegar a uma solução melhor do que a atuação unilateral de apenas um dos Poderes. O primeiro serve à salvaguarda dos limites formais do texto constitucional, ao passo que o segundo se preocupa com as consequências reais da interpretação levada a cabo pelo primeiro.

A correção legislativa da jurisprudência é a prova viva de que o Legislativo também interpreta a Constituição e acaba, muitas vezes, fazendo prevalecer seu objetivo – considerando a dificuldade argumentativa para a invalidação de emendas constitucionais, bem como o pesado ônus político de o Supremo Tribunal Federal contrariar um projeto do Congresso, tão consistente a ponto de preencher o quórum qualificado de reforma da Constituição.

Nesse particular, o Executivo e o Legislativo gozam tanto de privilégios democráticos decorrentes do voto, como de capacidade institucional reforçada, na medida em que contam com servidores especializados em finanças públicas e em arrecadação, presumindo-se possuírem melhor arsenal técnico para uma decisão mais justa.

Ademais, essa prática permite que entidades federativas que não foram parte do processo em que foi fixada a tese possam participar do debate com novos argumentos. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei de incidência de ISS do Rio de Janeiro sobre determinada hipótese, a promulgação de lei por outros Municípios lhes franquia a participação na discussão sobre a questão e ainda agrega novas razões.

OUTRAS MODALIDADES DE DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Veja-se que a correção legislativa da jurisprudência não é a única forma possível de diálogo constitucional.

Outra hipótese consiste na notificação dirigida ao Legislativo sobre a necessidade de promulgação de leis ou emendas que disciplinem determinada matéria. Viu-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção. No precedente sobre direito de greve do servidor público[21], a inércia prolongada do Congresso em legislar, associada aos inúmeros precedentes que declararam a mora do legislador, ampliou o campo de atuação do Judiciário, legitimando uma postura mais incisiva. Considerando que o Supremo Tribunal Federal já tinha notificado o Congresso sobre a omissão inconstitucional, verificada em vinte anos de vigência da Constituição de 1988, esse diálogo representou verdadeiro "teste de paciência" para o julgador, até que este assumiu a tarefa de normatizar a matéria, mediante a aplicação por analogia da lei dos empregados celetistas, com as devidas adaptações, mediante verdadeiro juízo de discricionariedade normativa.

Outras vezes, o diálogo pode levar a um acolhimento pelo Legislativo do entendimento firmado jurisprudencialmente. É comum que

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 153.771/MG. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 20 nov. 1996.
15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 203.075/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 05 ago. 1998.
16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 166.772/RS. Relator: Min. Marco Aurelio. Julgamento em 12 maio. 1994.
17 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.362-369.
18 "Como as decisões judiciais são obrigatoriamente motivadas, a argumentação jurídica racional permite que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo. Esse controle pode ser jurídico, através dos recursos processuais disponibilizados pelo sistema legal às partes e terceiros interessados, e pode ser social, moral e sobretudo político, que pode ser exercido pelo processo legislativo e por emendas constitucionais. Por isso, a própria natureza do processo judicial em uma democracia constitucional implica um diálogo racional permanente entre o Poder Judiciário e a cidadania em geral". MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.192.
19 TORRES, Ricardo Lobo. Op.cit., p.467.
20 TORRES, Ricardo Lobo. Op.cit., p.320.
21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 25 out. 2007.

a interpretação judicial seja positivada na lei, conforme bem observa Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior[22].

Gustavo da Gama Vital de Oliveira[23] narra alguns casos em que isso ocorreu. Por exemplo, ao interpretar o art. 155, §3º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal já tinha firmado o entendimento sobre a incidência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e de Programa de Integração Social - PIS sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais[24]. Tal exegese restou expressamente acolhida pela EC 33/2001, que substituiu a expressão "nenhum outro tributo" por "nenhum outro imposto", admitindo a cobrança das contribuições.

Assim, o diálogo pode levar ao acolhimento pelo Legislativo do entendimento firmado jurisprudencialmente.

E vice-versa. O Judiciário também pode acabar preferindo a interpretação adotada pelo legislador. Curvar-se à exegese do Congresso pode desonerar o custo político necessário para aprovar uma emenda corretiva de jurisprudência, ou até mesmo livrar o Tribunal do ônus pesado de decidir sobre matérias antipáticas ou polêmicas.

Voltemos ao caso da progressividade nos impostos reais. O Supremo Tribunal Federal entendia que o subprincípio da progressividade, enquanto expressão da capacidade contributiva, não teria cabimento nos impostos reais[25]. Diante disso, o Congresso aprovou duas emendas constitucionais para expressamente admiti-la no Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU (EC n.º 29/2000), no Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e no IPVA (EC n.º 42/2003). Dessa forma, o Legislativo demonstrou claramente sua posição acerca da progressividade em impostos reais, o que não foi ignorado pelo Supremo Tribunal Federal. Em novo julgamento, dessa vez sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD, o Tribunal reviu o entendimento para admitir a progressividade em imposto real[26].

Provavelmente, as duas manifestações anteriores do poder constituinte derivado tiveram grande peso na virada de jurisprudência, evitando a necessidade de aprovação de uma terceira emenda, específica para o ITCMD.

O mesmo pode vir a acontecer quanto ao ISS sobre locação. O Supremo Tribunal Federal entende que o ISS não incidiria sobre a locação de bens móveis, por não se enquadrar no conceito clássico das obrigações de Direito Civil, que encerra o conceito de serviço como uma obrigação de fazer[27]. O entendimento culminou com a edição da súmula vinculante n.º 31[28]. O enunciado foi promulgado com base em precedentes julgados sob a vigência do Decreto-Lei 406/68.

Sobreveio a Lei Complementar n.º 116/2003, cujo item 3.01 da lista original previa a locação de bens móveis, mas foi vetado pelo então Presidente da República, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende das razões de veto. Nesse item, o legislador curvou-se ao entendimento jurisprudencial.

Mas o resultado do diálogo em outros itens da lista não foi o mesmo. De fato, a lei ainda traz algumas formas de locação, como a de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza (item 3.04); cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário (item 3.05); bem como de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral (item 15.3); além de locação de imóveis, como salões de festas, centros de convenções, escritórios virtuais, stands, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de diversões, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza (item 3.03).

Dessa forma, o legislador reabriu o debate sobre a interpretação econômica do conceito de serviço. Isso ressalta, mais uma vez, a importância política da interpretação constitucional levada a cabo pelo Legislativo.

Nesse novo cenário, é possível imaginar o acolhimento de uma mutação constitucional do conceito de serviço, considerando o tratamento que vem sendo conferido pelo ordenamento infraconstitucional. Como cediço, após a promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor[29] adotou um conceito de serviço bem mais amplo que o do Código Civil de 1916. Essa manifestação legislativa não deve passar despercebida pelo Supremo Tribunal Federal.

A POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PELA LEI INFRACONSTITUCIONAL: A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELO LEGISLATIVO

Na correção legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaca-se um caso emblemático em que o veículo utilizado foi mera lei ordinária, diferentemente dos exemplos anteriormente citados, em que se lançou mão de emenda constitucional.

Ao interpretar o artigo 102, I, b, da CR, que trata da competência especial do STF para processar detentores de foro de prerrogativa de função, a Corte entendia que a perda da função pública levava à incompetência para julgar crimes praticados pelos seus titulares[30]. Contudo, a Lei 10.628/2002 modificou o artigo 84, §1º, do Código de Processo Penal, prevendo a permanência do foro especial mesmo que o titular perdesse a função.

A tentativa de reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal via lei ordinária foi rechaçada nos autos da Ação Direta de

22 ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio Franco da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.194.
23 OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito tributário e diálogo constitucional**. Niterói: Impetus, 2013. p.77.
24 Súmula nº 659 do STF: "É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 144.971/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 13 maio. 1996.
25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 153.771/MG. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 20 nov.1996. Súmula n.º 656 do STF: "É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel".
26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 562.045/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 06 fev. 2013.
27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116121/SP. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em 11 out. 2000.
28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 31. "É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis".
29 Art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/1990: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". De outro lado, desde a redação original do artigo 71 do CTN já se admitia que o conceito de serviço abarcasse a locação de bens. A questão foi reaberta pelo STF, na ocasião do julgamento do ISS sobre o leasing financeiro, quando o Tribunal afirmou que a complexidade dos negócios modernos não mais poderia ser explicada pelas categorias clássicas do direito romano (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.905/SC. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 02 dez.2009). O STF também afirmou isso quando declarou que não incidiria ISS sobre serviços gráficos integrantes do processo de industrialização (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.389 MC/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 13 abr.2011).
30 BRASIL. Inquérito nº 647/QO, Relator: Min. Sydney Sanches, Diário de Justiça, 08 out. 2001. Com esse julgamento, foi cancelada a súmula n.º 394 do STF: "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".

Inconstitucionalidade nº 2.860/DF, na qual foi declarada a inconstitucionalidade do diploma[31]. O problema é que a Corte não só descartou uma interpretação razoável do legislador, como cogitou de vício formal do diploma . Isso porque a lei buscava interpretar norma hierarquicamente superior, cuja exegese já havia sido perquirida pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Eros Grau, discordando dos votos vencedores, destacou o papel do legislador enquanto intérprete da Constituição, afastando a tese preliminar do vício formal. A promulgação da lei devolveria a questão ao Tribunal para que houvesse novo pronunciamento acerca do seu conteúdo, na medida em que é legítima a interpretação pelo Congresso:

> [...] coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores – na metáfora de Loewenstein – alcançam o céu. Eis, no caso, a nossa função: verificarmos se a lei ordinária é adequada à Constituição – interpretando também, é óbvio, a Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes também divergiu da maioria, utilizando-se da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição[32]. A interpretação do texto constitucional está em constante abertura a todos os atores sociais, inclusive considerando as modificações legislativas, sociais, históricas e culturais.

Doutrinariamente, Luís Roberto Barroso defende que, se a norma constitucional (artigo 102, I, b, da CR) comportava mais de uma interpretação razoável, seria legítimo o Congresso optar por uma delas. A nova proposição legislativa equivaleria a uma mutação constitucional, uma modificação informal da Constituição pela atuação legislativa[33].

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal chegou a conclusão diversa na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.772. A jurisprudência da Corte já tinha se pacificado no sentido de que a aposentadoria especial do professor, garantida pelos artigos 40, §5º e 201, §8º, da CR, estaria adstrita às atividades desenvolvidas em sala de aula[34]. Entretanto, a lei 11.301/2006 ampliou esse conceito, para incluir atividades de coordenação e assessoramento, desenvolvidas fora de sala de aula. A norma foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.772, na qual o Supremo Tribunal Federal admitiu rever seu entendimento em razão de uma nova lei ordinária, diferentemente da postura adotada no caso narrado anteriormente.

Realmente, apenas o Executivo e o Judiciário sofrem os efeitos vinculantes da declaração de inconstitucionalidade via controle concentrado, na forma do artigo 102, §2, da Constituição e do artigo 28 da Lei 9.868/99. Semelhantemente, o Legislativo não sofre os efeitos da súmula vinculante, conforme preconiza o artigo 103-A da Constituição.

Dessa forma, o Legislativo pode novamente editar uma lei idêntica à que foi declarada inconstitucional pelo STF, devolvendo-lhe a questão.

AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: CUSTOS E PROCEDIMENTOS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisada a teoria dos diálogos constitucionais, cumpre destacar mais uma alternativa ao problema da judicialização, da supremacia judicial e do ativismo: a autocontenção judicial.

Observa-se que a cultura da máxima efetividade da Constituição tem contribuído para um Judiciário ativista na salvaguarda de direitos fundamentais, o que gera dois problemas graves no Estado Fiscal: (i) o custo, pois não é possível garantir direitos para todos; (ii) o procedimento, pois deve ser respeitado o exercício regular do poder.

Em primeiro lugar, considerando os custos dos direitos, não é possível concretizar direito fundamental de todos e a qualquer preço. A principal crítica feita à máxima efetividade consiste justamente no fato de que os "direitos não nascem em árvores"[35]. O custo do direito é um entrave tão real que muitos relutam em reconhecer a jusfundamentalidade dos direitos sociais[36].

O custo do direito é um entrave tão real que muitos relutam em reconhecer a jusfundamentalidade dos direitos sociais

Mesmo os direitos de defesa geram custos[37], e, sobretudo, os direitos sociais, que dependem de prestações positivas do Estado. Nesse sentido, a garantia de direitos de uma parcela da população envolve, em última análise, uma questão de redistribuição de renda.

A despeito disso, o ativismo na defesa de direitos dependentes de políticas públicas é o mesmo que se verifica na defesa das garantias dos contribuintes. Acaba sendo incongruente pretender concretizar os direitos dos mais diversos setores sociais, se o Judiciário é liberal na receita (invalidando tributos por ferir garantias dos contribuintes) e social na despesa (concretizando direitos que dependem de custos). A conta não fecha.

O segundo problema, referente ao exercício regular do poder, será melhor examinado no item seguinte.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.860/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 set.2005. "(...) 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".

32 HÄBERLE, Peter. Op.cit., p.49.

33 BARROSO, Luís Roberto. Op.cit., p.133. O autor enumera três formas de mutação. Primeiro, pela via da interpretação do Judiciário e do Executivo, quando a mudança decorre de uma nova percepção acerca do direito ou da realidade. Em segundo, o autor destaca a atuação do Legislativo, pela correção legislativa da jurisprudência. Em terceiro, haveria os costumes constitucionais, decorrentes de práticas reiteradas da sociedade.

34 Brasil. Súmula nº 726 do STF: "Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula".

35 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 391.

36 TORRES, Ricardo Lobo. Op.cit., p.41.

37 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O EXERCÍCIO REGULAR DO PODER ENQUANTO ELEMENTO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo moderno possui duas funções primordiais: (i) resguardar os direitos fundamentais; (ii) disciplinar o exercício regular do Poder. Segundo Rawls, esses são os dois elementos constitucionais essenciais do Estado, "constitutional essentials"[38].

Quanto ao primeiro elemento, os direitos fundamentais formam o consenso mínimo de uma sociedade pluralista. Neles, a Constituição encerra a intercessão dos mais diversos segmentos sociais, cada um com sua visão de mundo e ideologia política, moral e religiosa. Por serem compartilhados por todos, compõem a razão pública que deve embasar as decisões políticas e judiciais de um Estado Democrático de Direito[39].

Nesse campo, o Judiciário atua na exata tensão existente entre democracia, entendida como vontade da maioria, e constitucionalismo, limitação da primeira pela observância dos direitos fundamentais. Como a democracia não se satisfaz com o princípio majoritário, mas pressupõe também o respeito às minorias, salvaguardadas pelos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional é uma garantia da democracia, antes de lhe ser um atentado.

O desempenho dessa primeira função vem justificando o ativismo. A doutrina da máxima efetividade da Constituição[40] serviu de base para que o menoscabo dos direitos fundamentais fosse incisivamente corrigido pelo Judiciário, até mesmo quando inexistisse manifestação prévia do Legislativo. De fato, as decisões vêm suprindo omissões, vencendo o dogma do julgador meramente negativo.

Contudo, a atuação contramajoritária do Judiciário só se justifica quando houver evidente vício no desempenho da maioria ocasional. Nesse ponto, sobreleva o segundo elemento constitucional essencial destacado acima: o exercício regular do Poder.

O EXERCÍCIO REGULAR DO PODER NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

O segundo elemento constitucional pressupõe o respeito à estrutura do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. E aqui reside especial interesse do presente trabalho.

É inegável que, numa sociedade fundada na soberania popular, o conteúdo dos direitos fundamentais e da estrutura de funcionamento do Estado sejam preenchidos pelo povo. Tendo em vista o alto grau de abstração e a vagueza de muitas das expressões utilizadas pelo Constituinte, associados à natureza principiológica de grande parte das normas constitucionais, que naturalmente não

38 RAWLS, John. Op.cit., p. 55.
39 RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 212.
40 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso contribuiu muito à denominada "doutrina brasileira da efetividade". Confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Op.cit., p.291.



possuem de antemão um consequente a ser aplicado, a tarefa de preenchimento de regulamentação da Constituição deve ser reconhecida primordialmente às leis. E até mesmo ao Executivo[41].

É que a função do intérprete não se limita a revelar um sentido preexistente no texto constitucional, mas possui, sobretudo, uma feição criativa[42]. Dessa forma, o fundamento de legitimidade para que juízes não eleitos e livres de mecanismos de controle popular se substituam ao povo na definição do conteúdo das normas constitucionais não recomenda uma postura ativista.

Dessa forma, deve ser reconhecido o papel preferencial das instâncias majoritárias de decisão, sobre os órgãos contramajoritários. Estes devem se ater aos limites do texto constitucional, limitando-se a excluir interpretações que evidentemente não caibam em sua moldura.

41 Diz-se isso porque, modernamente, cada vez mais autores do Direito Administrativo vêm ressaltando a necessidade de reconhecimento dos decretos autônomos, cujo fundamento de validade não repousa na lei, mas sim diretamente na Constituição. Para além das hipóteses introduzidas no art. 84, VI, da Constituição, o Executivo poderia agir fora dos limites expressos da lei, em homenagem à superioridade hierárquica da Constituição. É que uma omissão inconstitucional do Legislativo não poderia justificar uma omissão do Executivo na promoção de um direito fundamental, legitimando que a atuação deste último seja pautada diretamente na Constituição. Prefere-se, mais que uma vinculação positiva à lei, ao bloco de juridicidade. E, considerando os benefícios à isonomia de uma regulamentação genérica e abstrata, abre-se a conveniência dos decretos autônomos. Se é reconhecido esse papel ao regulamento infralegal, com muito mais razão deve ser enaltecida a preferência da lei sobre a interpretação judicial. CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do presidente da República**: a espécie regulamentar criada pela EC n 32/2001. Belo Horizonte: Forum, 2005.
42 ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p.24.

JUDICIÁRIO PATERNALISTA, LEGISLATIVO INFANTIL

O debate em torno dos limites das escolhas majoritárias, de um lado, e a vinculação aos direitos fundamentais, de outro, ultimamente tornaram-se intensos acerca do direito à saúde.
Muito embora o artigo 6º da Constituição consagre a universalização das prestações de saúde, a doutrina reconhece a natureza social do direito, dependente da eleição de prioridades estatais, desde que respeitado o mínimo existencial e as diretrizes já explicitadas pela Constituição.
Segundo a melhor doutrina[43], a instância ordinariamente legitimada para exercer essas escolhas seria o Executivo e o Legislativo, tanto por serem sufragados pelo voto, como por gozarem de capacidade institucional e técnica presumidamente superiores.
O mesmo se diga quanto ao direito à educação. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos julgados[44], o dever jurídico do Município à matrícula em creche e pré-escola, em respeito ao direito fundamental da criança. Inexistindo espaço de discricionariedade política para a concretização da educação infantil, restaram afastados argumentos da reserva do possível e da ausência de lei específica.
No entender do STF, o direito social à educação é concretizado de acordo com a medida do possível, segundo os critérios de conveniência e oportunidade do administrador público, controlados pela proporcionalidade – salvo



para a educação infantil, que é direito subjetivo fundamental, a despeito das circunstâncias fáticas.
Cite-se outro exemplo. Em matéria orçamentária, a escolha majoritária pelo equilíbrio orçamentário não decorre da Constituição, mas da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo Ricardo Lobo Torres[45]. A instância competente para a tomada dessa decisão política, no entender do autor, seria o Legislativo.
De fato, já houve tempo em que a Administração trabalhava naturalmente com o endividamento público. Mas, hoje, a Lei Complementar nº 101/2000 impõe um dever de gestão fiscal responsável, o qual depende do equilíbrio orçamentário. Limitam-se os gastos com vistas à apuração de receita, bem como se condicionam as operações de crédito.
Isso porque o compromisso da Constituição seria com os direitos fundamentais, de modo que sua preservação podia, no passado, justificar o endividamento público. Mas, como a escolha do meio mais adequado para essa promoção incumbe ao debate majoritário, é legítima a opção da lei pelo equilíbrio do orçamento.
Ainda sobre a política orçamentária, pode-se citar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.357, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da emenda constitucional n.º 62/2009, que introduzia a possibilidade de compensação de dívida do particular com o precatório a ser expedido.
Já havia precedentes do Supremo Tribunal Federal[46] que consideravam, em sede cautelar, que a compensação prevista em lei ordinária estadual ofenderia o direito de preferência dos demais credores da lista de precatórios do Estado[47]. Contudo, nesse novo julgamento, os argumentos foram outros, em especial a ofensa à isonomia com o particular, que não dispunha de mecanismo de compensação em seu favor[48].

43 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**, v.2. Rio de Janeiro: Renovar: 2005, p. 99. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed.Forum, 2009, p. 139. AMARAL, Gustavo. Op.cit., p. 88.
44 Por exemplo, o BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 410715 AgR/SP, Relator: Min. Celso Mello. Julgamento em 22 nov. 2005.
45 TORRES, Ricardo Lobo. Op.cit., p.174.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº-MC 2405/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento em 06 nov. 2002. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2099 MC/ES. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 17 dez. 1999.
47 Sobre a inexistência de ofensa ao direito de preferência dos credores face à compensação com precatório, veja-se: NASCIMENTO, João Paulo Melo do. A constitucionalidade da compensação tributária com precatório na emenda constitucional n.º 62/2009. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 36., 2010, Maceió. **Anais**... Alagoas: APE, 2010.
48 "(...) Aduziu que os dispositivos consagrariam superioridade processual da parte pública — no que concerne aos créditos privados reconhecidos em decisão judicial com trânsito em julgado — sem que considerada a garantia do devido processo legal e de seus principais desdobramentos, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa. Reiterou que esse tipo unilateral e automático de compensação de valores embaraçaria a efetividade da jurisdição, desrespeitaria a coisa julgada e afetaria o princípio da separação dos Poderes. Enfatizou que a Fazenda Pública disporia de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não tributários. Assim, também reputou afrontado o princípio constitucional da isonomia, uma vez que aquele ente, ao cobrar crédito de que titular, não estaria obrigado a compensá-lo com eventual débito seu em face do credor contribuinte. (...) Ressalvou que a sistemática, entretanto, encontraria óbice na garantia constitucional da isonomia, pois, ao cobrar o crédito, a Fazenda não seria obrigada a compensá-lo com eventual débito em face do credor-contribuinte. Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ações diretas, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias - CNI, para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão "na data de expedição do precatório", contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado "independentemente de sua natureza", inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa) — v. Informativos 631, 643 e 697. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 07 mar.2013, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013.

Alguns Ministros divergiram, ressaltando a soberania do poder constituinte derivado, visto que não houve violação à cláusula pétrea[49]. A despeito disso, o Tribunal se arvorou na política de gestão fiscal, seara própria dos outros Poderes, chegando a estigmatizar a norma como "emenda do calote", sob o impreciso pálio da moralidade administrativa[50].

A decisão é criticável, considerando o desenho institucional preconizado pela Constituição. Os atos do Legislativo e do Executivo partem na frente, por emanarem dos representantes eleitos pelo povo, pressupondo-se serem revestidos de legitimidade democrática. Somente podem ser desconstituídos se evidentemente infringirem as regras do jogo já previstas na Constituição. Havendo dúvida acerca da manifestação majoritária, esta merece ser preservada. Consequentemente, o Judiciário deve ser deferente às deliberações do legislador.

O sistema engendrado pela Constituição pressupõe que a escolha se dê por mecanismos deliberativos, e não pelo Judiciário. O controle não substitui a ação em si. O desenho das instituições recomenda que a ação aconteça ordinariamente, por meio dos órgãos majoritários. Permaneceria sendo ineficiente pretender efetivar direitos fundamentais a qualquer custo, em prejuízo da lógica do funcionamento do Estado, considerando as limitações técnicas e sistêmicas do processo judicial.

É bem verdade que, se os atos administrativos e legislativos revelarem ações ou omissões inconstitucionais ou políticas públicas ineficientes, seja por falta de vontade política, seja por eleição de prioridades desproporcionais, revela-se uma disfunção do poder que deve ser corrigida pelo Judiciário. Mas, em matéria de políticas públicas, a doutrina contemporânea[51] vem acentuando a importância de que a correção de disfunções pelo controle judicial seja subsidiária e busque reconduzir a atividade estatal ao exercício regular do poder.

Ricardo Lobo Torres, narrando alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal em que a inexistência de dotação orçamentária não constituiu reserva do possível jurídica[52], não descarta a necessidade de que o mínimo existencial seja efetivado pela via procedimentalmente correta:

> A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis[53].

Isso significa que o Judiciário não tem capacidade para controlar o orçamento, sub-rogando-se aos demais Poderes, na prática dos atos orçamentários. Pode, isso sim, impor determinações coativas para forçar que os Poderes competentes pratiquem os atos tendentes à satisfação do direito subjetivo.

O diálogo institucional de uma democracia madura deve reconduzir o exercício regular do poder à sua tríade de normalidade, buscando sanar a fonte do problema, para que a máquina estatal passe a operar naturalmente sozinha. Da mesma maneira que um pai disciplina seu filho para que suas ações futuras sejam naturalmente justas e corretas, um Judiciário paternalista manteria um Legislativo infantil. Daí a importância da autocontenção judicial para uma democracia madura.

PREMISSA METODOLÓGICA: ATUAÇÃO EMINENTEMENTE CORRETIVA DE DISFUNÇÕES PELO JUDICIÁRIO

Por tudo isso, o presente trabalho parte da premissa de que uma democracia deve funcionar, primordialmente, pelos instrumentos de representação disponíveis no Executivo e no Legislativo, cujas disfunções devem ser corrigidas pelo Judiciário.

Muito embora a postura ativista do Judiciário seja útil em muitos casos para garantir a máxima efetividade da Constituição, essa atuação deve ser eminentemente corretiva, de modo a reconduzir o exercício regular do poder à sua tríade de normalidade. A democracia depende de representantes eleitos investidos de credibilidade e que atuem politicamente de forma intensa.

APLICAÇÃO DA TEORIA AO SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS: AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA DAS COMPETÊNCIAS

O prestígio da autocontenção judicial vale tanto para a satisfação de direitos fundamentais, como para o controle judicial do exercício das competências legislativas. Se, até mesmo quando estão envolvidos direitos fundamentais vem sendo ressaltada a deferência às instâncias majoritárias de decisão, como visto acima, com muito mais razão deve ser preservada a validade de leis promulgadas no exercício de uma competência legislativa, cujo enunciado padece de alguma indeterminação.

O paradoxo é que o enunciado constitucional de competência é o próprio limite da atividade legislativa. Nos casos mais fáceis, em que os conceitos contidos nas regras de competência não padecem de alto grau de vagueza ou de conflito, é mais fácil verificar a ofensa à competência.

O problema reside em situações de penumbra. Remanescendo mais de uma opção interpretativa, aumenta o espaço

49 "(...)Vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que julgavam o pedido improcedente. O Min. Teori Zavascki apontava que o parâmetro para aferição de inconstitucionalidade de emenda constitucional estaria restrito às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), respeitado o processo legislativo próprio. Observados esses limites, o poder constituinte reformador seria soberano. Considerava que a Emenda Constitucional nº 62/2009 não teria aptidão para abolir, ainda que parcialmente, qualquer dos princípios protegidos no dispositivo constitucional citado". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo semanal**, Brasília, n. 698, 11 a 15 de março de 2013

50 "(...) Entendeu-se adequada a referência à EC 62/2009 como a "emenda do calote". Mencionou-se que esse calote feriria o princípio da moralidade administrativa, haja vista o inadimplemento, por parte do Estado, de suas próprias dívidas". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo semanal**, Brasília, n. 698, 11 a 15 de março de 2013.

51 VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Op.cit., p. 89. Segundo a autora, o dever de planejamento impõe um dever de desenvolver programa contínuo de ação. Por isso, não faz sentido controlar só o orçamento, que é a última etapa do planejamento. Nem faz sentido o juiz alterar o número de vagas numa escola, ou determinar que os professores sejam contratados ou temporários. Criar jurisdicionalmente uma conta orçamentária ou uma escola não representa garantia ao direito fundamental em si, o qual necessita de constante política administrativa. A política deve ser precipuamente formulada pelo Executivo e Legislativo, cabendo ao Judiciário apenas corrigir disfunções nesses papéis, de modo a reconduzir aqueles Poderes ao fim constitucional.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273.834/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 19 set.2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 436.996/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 22 nov. 2005.

53 TORRES, Ricardo Lobo. Op.cit., p.95-96.

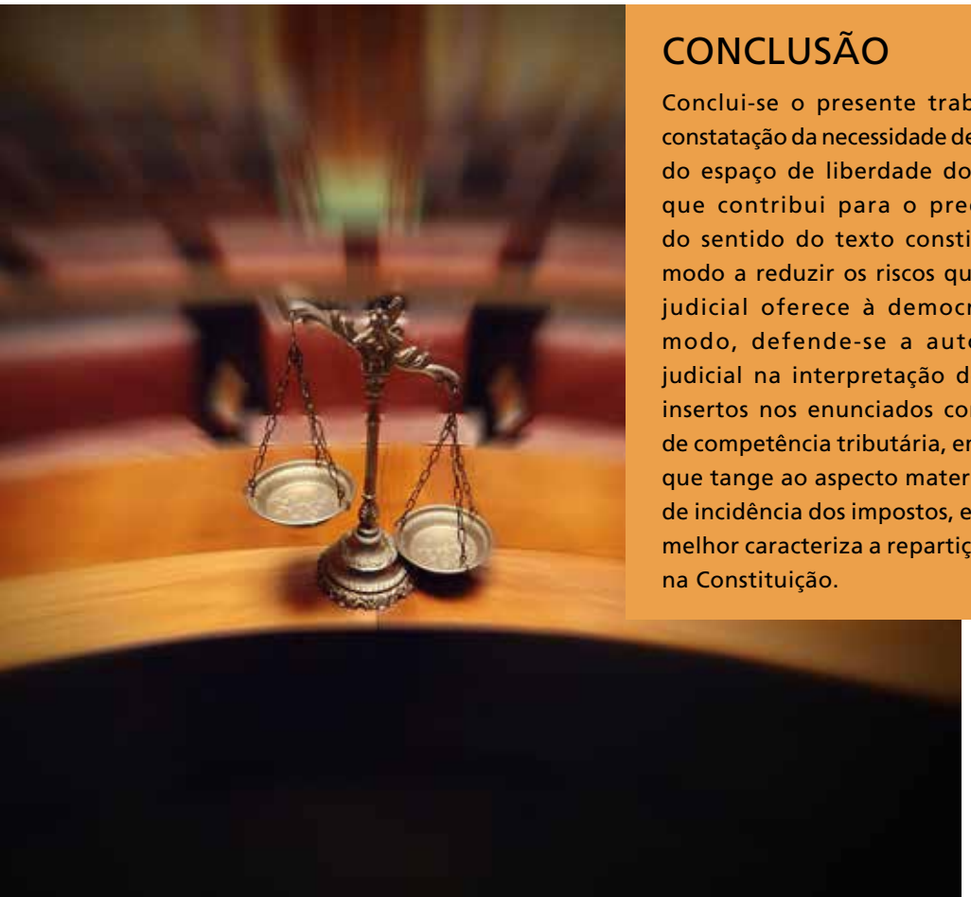
criativo do intérprete. Considerando o acima exposto, a teoria da autocontenção judicial defende ser mais democrático e mais técnico preferir-se a escolha dos representantes eleitos sobre a dos julgadores. Assim, a presunção de constitucionalidade milita em favor da permanência da lei.

Com efeito, é necessário assumir que a lei, ao mesmo tempo em que é limitada pela competência, contribui dinamicamente para preencher o sentido desta última.

É função precípua do Legislativo, e não do Judiciário, exercer a competência tributária pela instituição dos impostos, com base nas materialidades preconizadas pela Constituição. Esse desempenho compreende, também, o poder de interpretar a norma constitucional.

Tendo em vista a indeterminação e a vagueza da linguagem, é natural que os termos utilizados pela Constituição admitam mais de um sentido, a depender do contexto em que se insiram. A subjetividade nessa interpretação abre um espectro relativamente amplo de possibilidades, sendo difícil determinar com precisão um único sentido.

Ao fim, cada intérprete pode dar sua opinião, mas não há ninguém que detenha o monopólio da hermenêutica constitucional, tampouco o poder de dar a última palavra sobre um suposto sentido preexistente no texto. Pelo contrário: deve ser reconhecido que a construção do sentido da Constituição é um trabalho dinâmico dos três Poderes e de toda a sociedade, num esforço conjunto que nunca se encerra, e tende a preservar no tempo a melhor decisão. Nesse aspecto, a teoria dos diálogos constitucionais estimula a participação de todos, no intuito de enriquecer o debate, mantendo-o sempre vivo e atual.



CONCLUSÃO

Conclui-se o presente trabalho com a constatação da necessidade de conservação do espaço de liberdade do Legislativo, que contribui para o preenchimento do sentido do texto constitucional, de modo a reduzir os riscos que o ativismo judicial oferece à democracia. Desse modo, defende-se a autocontenção judicial na interpretação dos conceitos insertos nos enunciados constitucionais de competência tributária, em especial no que tange ao aspecto material da norma de incidência dos impostos, elemento que melhor caracteriza a repartição de rendas na Constituição.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, v. 21, p.123-160, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política:** uma relação difícil. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004. p. 21.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115.

__. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 225.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003**. Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o caput do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc40.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Emenda Constitucional nº 62**, de 09 de dezembro de 2009. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc62.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sôbre operações relativas à circulação de mercadorias e sôbre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

__. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, ago. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

__. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

__. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

__. Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006. Altera o art. 67 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5o do art. 40 e no § 8o do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, maio 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405 MC/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento em 06 nov. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347580>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.860/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 set. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395712>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.099 MC/ES**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 17 dez. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347427>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 29 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 24 set. 2018.

__. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.389 MC/DF**. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 13 abr. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1185299>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF**. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 07 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Inquérito nº 647/QO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sydney Sanches. Diário de Justiça, 08 out. 2001.

__. **Mandado de Injunção nº 708/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 25 out.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. Precatório: regime especial e EC 62/2009. **Informativo Semanal**, Brasília, n. 698, 11 a 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo698.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 116.121/SP.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em 11 out. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206139>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 144.971/DF**. 2ª Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 13 maio.1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=209674>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 166.772/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurelio. Julgamento em 12 maio 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=216095>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 153.771/MG**. Plenário Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 20 nov.1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 203.075/DF**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 05 ago.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=238613>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 273.834/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 19 set. 2000. Disponível em: <ttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/

paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 410.715 AgR/SP**. 2ª Turma. Relator: Min. Celso Mello. Julgamento em 22 nov.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 436.996/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 22 nov. 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+436996%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/boo4zsz>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 562.045/RS**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 06 fev.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Recurso Extraordinário nº 592.905/SC**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 02 dez. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609078>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Súmula nº 648**. A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=648.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Súmula n.º 656**. É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=656.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>.

__. **Súmula nº 659**. É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=659.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Súmula n.º 726**. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=726.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Súmula Vinculante nº 7**. A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=7.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 19 set. 2018.

__. **Súmula Vinculante nº 31**. É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=31.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 19 set. 2018.

CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do presidente da república:** a espécie regulamentar criada pela EC n 32/2001. Belo Horizonte: Forum, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 377-492

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 391.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HARRIGER, Katy J. Cues and miscues in the constitutional dialogues. **The Review of Politics**, The University of Notre Dame, Notre Dame (IN), v. 60, n. 3, p. 497, 1998.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn't such a bad thing after all. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.192.

NASCIMENTO, João Paulo Melo do. A constitucionalidade da compensação tributária com precatório na emenda constitucional n.º 62/2009. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 36., 2010, Maceió. **Anais**... Alagoas: Associação dos Procuradores do Estado de Alagoas (Ape), 2010.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito tributário e diálogo constitucional**. Niterói: Impetus, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio Franco da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 194.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: volume 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009. p. 139.