



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Francisco Gassen

**A judicialização da política e a matriz tributária brasileira: quando o Poder
Judiciário atua como fiador da regressividade tributária.**

Florianópolis

2022

FRANCISCO GASSEN

**A judicialização da política e a matriz tributária brasileira: quando o Poder
Judiciário atua como fiador da regressividade tributária.**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gassen, Francisco

A judicialização da política e a matriz tributária brasileira: quando o Poder Judiciário atua como fiador da regressividade tributária. / Francisco Gassen ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2022.

139 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós- Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Tributário. 4. Judicialização da política. 5. Progressividade tributária. I. Ladeira de Oliveira, Cláudio. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

FRANCISCO GASSEN

A judicialização da política e a matriz tributária brasileira: quando o Poder Judiciário atua como fiador da regressividade tributária.

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Orientador

Florianópolis, 2022

Dedico esse trabalho ao Max, a Marina e aos meus pais, que sempre me apoiaram ao longo dessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu filho Max Dociatti Gassen, que me abastece diariamente com a sua inesgotável energia e me mostra, na sua simplicidade de ser criança, como podemos buscar um mundo melhor.

Agradeço imensamente a minha companheira de todas as horas, Marina Dresch Dociatti, que com muita paciência e alegria me auxilia há muitos anos em todos os desafios que aparecem, te amo.

Toda forma de gratidão a meus pais, Lourdes Marinês Gassen e Valcir Gassen, que independente da situação estão ao meu lado me orientando e me ajudando em uma maravilhosa interlocução que conseguimos construir no decorrer de uma vida.

Agradeço ao grande amigo Pedro Júlio Sales D'Araújo que muito me auxiliou na construção deste trabalho, o zelo nas revisões e as discussões que tivemos foram fundamentais para esta pesquisa.

Olívia e Amora, obrigado por toda a alegria e amor incondicional.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina, em especial todos os servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelo espaço democrático e colaborativo que tive a oportunidade de usufruir.

Ao Prof. Dr. Elve Miguel Cenci e ao Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra meus mais sinceros agradecimentos pela disposição de integrarem a banca de defesa e contribuírem de forma tão gentil na construção desta pesquisa.

Agradeço fundamentalmente ao professor Cláudio Ladeira de Oliveira que, como meu orientador, sempre esteve ao meu lado, guiando meus estudos para que fosse possível a construção desse trabalho. Estes anos de convívio foram essenciais para a minha formação.

RESUMO

O presente trabalho analisa a interferência do Poder Judiciário na tentativa, por parte das esferas políticas, de definição da progressividade tributária no Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD – no estado do Rio Grande do Sul, no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – no município de São Paulo e, por fim, o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – também no município de São Paulo. Parte-se da premissa de que uma das características mais marcantes da matriz tributária brasileira é a regressividade tributária. Boa parte da doutrina e jurisprudência pátria acaba sendo conivente com esse modelo de cobrança de tributos, utilizando argumentos libertários para defender suas posições acabam gerando um ônus tributário maior para aquelas camadas da população que tem menores capacidades contributivas. A outra perspectiva adotada pela pesquisa é do impacto que o fenômeno da judicialização da política tem tanto no orçamento público, em relação a arrecadação dos tributos supracitados, quanto no ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988. Na sequência utilizar-se-á os perfis dos magistrados trazido por Cass R. Sunstein para que se avalie o impacto da interferência do Poder Judiciário em questões estritamente políticas, como a definição da progressividade de alíquotas tributárias. Neste cenário, não se buscará defender que o Poder Judiciário atue para o estabelecimento de alíquotas progressivas no ITCD, no IPTU e no ITBI, mas apenas se demonstrará que há um consenso razoável acerca da progressividade das alíquotas que exige do Poder Judiciário uma maior deferência em relação as tomadas de decisão políticas.

Palavras-chave: Judicialização da política. Deferência judicial. Minimalismo judicial. Progressividade tributária.

ABSTRACT

The present work analyzes the interference of the Judiciary in the attempt, on the part of the political spheres, to define the tax progressivity in the Tax on Transmission Causa Mortis and Donation - ITCO - in the state of Rio Grande do Sul, in the Urban Property and Territorial Tax - IPTU – in the city of São Paulo and, finally, the Tax on Transfer of Real Estate – ITBI – also in the city of São Paulo. It starts from the premise that one of the most striking features of the Brazilian tax matrix is tax regressivity. Much of the national doctrine and jurisprudence ends up colluding with this model of tax collection, using libertarian arguments to defend their positions, they end up generating a greater tax burden for those people that have lower contributory capacities. The other perspective adopted by the research is the impact that the phenomenon of judicialization of politics has both on the public budget, in relation to the collection of the aforementioned taxes, and on the democratic ideal brought by the Federal Constitution of 1988. Next, the work analyzes the magistrate's personas brought by Cass Sunstein to assess the impact of interference by the Judiciary in strictly political issues, such as the definition of progressive tax rates. In this scenario, it will not be sought to defend that the Judiciary acts to establish progressive rates in the ITCO, IPTU and ITBI, but it will only demonstrate that there is a reasonable consensus about the progressiveness of the rates that demands from the Judiciary a greater deference in regarding political decision-making.

Keywords: *Judicialization of politics. Judicial deference. Judicial minimalism. Tax Progressivity.*

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Receita tributária por base de incidência, 2017, Brasil.....	38
Tabela 2: Receita tributária por base de incidência, 2016, Estados Unidos da América...	39
Tabela 3: Alíquotas do ITCD para herança no Estado do Rio Grande do Sul.....	94
Tabela 4: Alíquotas do ITCD para doação no Estado do Rio Grande do Sul.....	94
Tabela 5: Alíquotas do ITCD para heranças e doações no Estado do Rio Grande do Sul..	95
Tabela 6: Receita do ITCD e sua participação na receita tributária do RS de 1989 a 2015.....	97

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF - Constituição Federal
FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano
ITBI - Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
ITCD - Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação
PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira
STF - Supremo Tribunal Federal

Sumário

INTRODUÇÃO	14
1. A MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	17
1.1. AS ESCOLHAS NO CAMPO DA TRIBUTAÇÃO.....	17
1.1.1. Conceito de matriz tributária	18
1.1.2. Cisão entre estado e propriedade	22
1.1.3. As funções da tributação e sua importância	24
1.2. TRIBUTOS REAIS, PROGRESSIVIDADE, REGRESSIVIDADE E PROPORCIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO.....	27
1.2.1. Conceitos de progressividade, regressividade e proporcionalidade	27
1.2.2. A discussão da progressividade na história da tributação.....	32
1.2.3. A questão da regressividade nas bases de incidência	35
1.2.4. Conceitos de tributos reais.....	39
1.3. O LIBERTALISMO VULGAR E OS DIREITOS PÓS TRIBUTÁRIOS	40
1.3.1. Direitos como fenômenos pós tributários e o processo de naturalização das convenções	40
1.3.2. Crítica às teorias do libertarismo vulgar.....	45
2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	49
2.1. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....	50
2.1.1. Breves considerações acerca da democracia e do estado de direito	50
2.1.2. Breves considerações acerca da separação dos poderes.....	56
2.1.3. A questão da (i)legitimidade democrática do poder judiciário	62
2.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	68

2.2.1.	Conceitos de judicialização da política	68
2.2.2.	As possíveis causas e consequências da judicialização da política	72
2.3.	O MODELO MINIMALISTA DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	81
2.3.1.	O modo de atuar do poder judiciário com base nas personas de sunstein	81
2.3.2.	O minimalismo judicial como propulsor da democracia deliberativa	85
3.	A JUDICIALIZAÇÃO DE ALGUMAS ESCOLHAS TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS COM O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE E O IMPACTO DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	91
3.1.	ESTUDOS DE CASO	92
3.1.1.	Itcd no estado do Rio Grande do Sul.....	92
3.1.2.	Iptu no município de São Paulo.....	98
3.1.3.	Itbi no município de São Paulo.....	103
3.2.	PONDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS DOS ESTUDOS DE CASO FRENTE AO CONCEITO DE MINIMALISMO JUDICIAL.....	106
3.2.1.	Itcd no estado do Rio Grande do Sul.....	106
3.2.2.	Iptu no município de São Paulo.....	111
3.2.3.	Itbi no município de São Paulo.....	114
3.2.4.	Breve consideração sobre os estudos de caso	118
3.3.	O HEROÍSMO JUDICIAL BRASILEIRO E A MANUTENÇÃO DA REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA.....	119
3.3.1.	O impacto democrático das interferências do poder judiciário na matriz tributária brasileira.....	119
3.3.2.	O juiz herói como Robin Hood às avessas e a manutenção do status quo da desigualdade	123

CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

Para que se atinjam os objetivos propostos pelo trabalho, esta pesquisa parte de duas diferentes perspectivas. A primeira busca avaliar características importantes da matriz tributária brasileira, principalmente no que se refere a sua alta regressividade na cobrança dos tributos, fazendo com que aqueles cidadãos que possuem uma menor capacidade contributiva sejam os mesmos que arcam, proporcionalmente, com o maior ônus tributário.

De forma geral, essa tendência de atribuir o maior ônus tributário àqueles que menos têm capacidade contributiva decorre, principalmente, pela opção de tributar de forma mais severa o consumo ao invés da renda e do patrimônio.

A tributação sobre o consumo, também chamada de anestesiante, traz a característica de embutir o tributo no valor dos produtos e dos serviços, sem levar em consideração a capacidade econômica dos contribuintes, fazendo com que um cidadão de baixa renda pague, a título de tributos, um percentual maior dos seus ganhos em relação a um outro cidadão, que possua uma renda mais alta.

Observa-se, entretanto, que a regressividade não é uma particularidade dos tributos sobre o consumo. Mesmo nas outras bases de incidência, como renda e patrimônio, há deturpações que acabam onerando mais aquelas camadas populacionais com menor capacidade contributiva.¹

A segunda perspectiva adotada neste trabalho reside no estudo do fenômeno da judicialização da política, que tem marcado a atuação do Poder Judiciário brasileiro especialmente nas últimas décadas. Esta transferência de competências entre as esferas políticas, tipicamente representativas e deliberativas, para as esferas judiciárias acaba trazendo deformações substanciais no que se refere ao desenho institucional, proposto pela Constituição Federal de 1988, e impactando diretamente em questões relacionadas ao orçamento público.

Nesse sentido que se pretende avaliar a utilização do minimalismo judicial como uma forma de promoção da própria democracia deliberativa, em que o Poder

¹ “O sistema tributário brasileiro é muito complexo e pouco transparente. É repleto de brechas e exceções que beneficiam rendas que são desigualmente distribuídas, como os diferentes tipos de renda de capital. (...) o Imposto sobre a Renda de pessoa física se torna regressivo a partir da classe do 1% mais ricos da população. Isso torna o sistema profundamente injusto, assim como economicamente ineficiente, como explicado anteriormente.” MORGAN, M; PIKETTY, T. **A Reforma Tributária Necessária. Justiça fiscal é possível: subsídios para o debate democrático sobre o novo desenho da tributação brasileira.** Disponível em: <http://ijf.org.br/wp-content/uploads/2018/11/A-Reforma-Tribut%C3%A1ria-Necess%C3%A1ria-Livro-2-Subs%C3%ADdios-para-o-debate.pdf>. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

Judiciário atue de forma mais deferente as opções políticas, tendo em vista que a tripartição dos poderes, vista sob uma perspectiva da especialização funcional, busca garantir que o cidadão comum, por meio dos seus representantes eleitos, esteja no núcleo decisório de um país.

Sob este contexto, relacionando a questão da regressividade da matriz tributária brasileira e o fenômeno da judicialização da política, que o presente trabalho analisa os casos do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD – no estado do Rio Grande do Sul, do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – no município de São Paulo e, por fim, do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – também no município de São Paulo.

Esses três casos são extremamente ilustrativos para demonstrar algumas questões importantes, como por exemplo: (i) a doutrina e jurisprudência brasileira se negavam, e ainda se negam em alguns aspectos, a reconhecer a possibilidade de tributar de forma progressiva aqueles tributos com características reais; (ii) quando houve tentativas, por parte do Poder Executivo e Legislativo, de estabelecimento de alíquotas progressivas para esses tributos, houve, também, uma reação de setores da sociedade e em especial do Poder Judiciário para inviabilizar essa progressividade; (iii) os argumentos trazidos pelo Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade da tributação progressiva, em sua maioria, utiliza de princípios constitucionais vagos em detrimento de normas válidas, incluindo normas constitucionais; e (iv) o Poder Judiciário, ao negar a possibilidade de cobrança de alíquotas progressivas em determinados tributos, acaba cooperando para a manutenção de um *status quo* da desigualdade que há séculos atinge o Brasil.

Entretanto, deve-se fazer uma observação importante nestas primeiras páginas do trabalho, qual seja de apontar que o objetivo da pesquisa reside na demonstração de que o debate acerca da progressividade tributária é controvertido o suficiente para que o Poder Judiciário não possa recorrer a teorias libertárias para justificar a interferência no Poder Legislativo e Executivo.

Portanto, não se busca sustentar que os tribunais devem aplicar uma política tributária que imponha alíquotas progressivas nos tributos que serão objeto dos estudos de caso, mas sim que estamos diante de um consenso razoável acerca da possibilidade de as esferas deliberativas optarem pela progressividade, caso tenha vontade política de fazê-lo.

Nesse sentido, portanto, apesar de se compreender a importância do estabelecimento de alíquotas progressivas na busca por uma maior justiça fiscal, respeitando a capacidade contributiva dos contribuintes, aplicando um tratamento mais isonômico no que se refere as alíquotas dos tributos, para que ao menos se amenize a gritante desigualdade social que atinge o Brasil, esse não é o principal ponto da pesquisa, mas sim apresentar argumentos que demonstrem que essa questão não pode ser definida pelos membros do Poder Judiciário, mas deve ser uma opção política resultante de um processo democrático e inclusivo, que só as esferas deliberativas possuem.

Para que se atinja os objetivos pretendidos, analisar-se-á no capítulo I questões referentes a matriz tributária brasileira, realizando um breve histórico acerca da cisão entre Estado e propriedade, apontando quais são as funções da tributação em uma democracia moderna, trazendo conceitos sobre a progressividade, regressividade, proporcionalidade e de tributos reais, apontando a importância de se observar os direitos como fenômenos pós tributários e, por fim, fazendo uma crítica às teorias denominadas de libertarismo vulgar.

Já no capítulo II abordar-se-á a questão da judicialização da política, tratando, inicialmente, de fazer algumas considerações acerca do Estado democrático de Direito, do instituto da separação dos poderes, avaliando a questão da eventual legitimidade democrática que o Poder Judiciário possui, tratar-se-á, também, acerca dos conceitos de minimalismo judicial e de como essa proposta teórica pode ajudar na promoção de uma democracia deliberativa.

Por fim, o capítulo III inicia trazendo os três estudos de caso que o trabalho se propõe a tratar, demonstrando a interferência do Poder Judiciário na definição da progressividade ou da regressividade dos tributos em tela e fazendo uma avaliação do impacto democrático que essas interferências têm na matriz tributária brasileira, em que o Poder Judiciário ao atuar como fiador da regressividade tributária contribui com a manutenção de um *status quo* da desigualdade.

1. A MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E SUAS CARACTERÍSTICAS

“Os impostos (...) são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva”.²

Inicia-se este primeiro capítulo salientando a importância do estabelecimento de alguns acordos semânticos, de forma que se possa partilhar do mesmo horizonte de sentido nesta pesquisa. Para tanto será essencial que se estabeleçam alguns conceitos que serão fundamentais para a compreensão dos argumentos centrais do trabalho.

Com isso, visa-se estabelecer que a tributação não é um fenômeno natural, mas sim o resultado de uma dinâmica da sociedade, que representa algumas escolhas feitas no campo da ação social, verificando o impacto da relação entre Estado e propriedade no tocante ao fenômeno tributário e indicando as funções que este fenômeno possui nas sociedades modernas.

Posteriormente, estabelecer-se-á alguns limites conceituais quanto a progressividade, regressividade e proporcionalidade dos tributos, bem como definir-se-á uma moldura ao conceito de progressividade na história da tributação. Realizando uma análise acerca da regressividade tributária nas bases de incidência e a distinção entre tributos reais e tributos pessoais.

Por fim, este capítulo busca demonstrar o quanto algumas convenções sociais são internalizadas e passam a ser encaradas como fenômenos naturais, verificando que os direitos, de forma ampla, devem ser observados como fenômenos pós tributários e que a tentativa de naturalização desses fenômenos acaba se convertendo naquilo que se chama de libertarismo vulgar.

1.1. AS ESCOLHAS NO CAMPO DA TRIBUTAÇÃO

O desafio de construção de uma sociedade organizada é algo que exige um esforço conjunto e, nesse sentido, cabe a observação de que uma nação pode ser definida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais, que acabam por formar a base necessária para a organização de um Estado nacional, mas difícil é, conforme demonstra Bobbio, Matteucci e Paquino³, definir a natureza destes laços.

² MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 5.

³ “Normalmente a Nação é concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e portanto eternos – ou pelo menos existentes *ab immemorabili* – e que, por causa destes laços se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional. As dificuldades se apresentam

Dentre todas as características que fazem parte da construção destes laços e que seguramente demonstram a face que esse grupo de pessoas unidas quer dar ao Estado é o fenômeno tributário, uma vez que ao analisar a matriz tributária de um país pode-se verificar, também, as possíveis desigualdades e desequilíbrios na construção desta nação.

Sendo assim, nos próximos pontos do trabalho, analisar-se-á o conceito de matriz tributária, as implicações que a histórica cisão entre Estado e propriedade trouxe para o fenômeno tributário e as principais funções que a tributação possui nas sociedades atualmente.

1.1.1. Conceito de matriz tributária

Pretende-se adotar neste trabalho uma perspectiva de que o fenômeno da tributação não deve ser observado unicamente sob um viés dogmático, que esteja desvinculado da realidade sócio econômica brasileira, como é historicamente, e preponderantemente, feito no estudo do Direito Tributário no Brasil. Planeja-se analisar esse fenômeno sob um aspecto mais amplo que considere a questão da eficiência e da equidade da matriz tributária brasileira e a sua possível vinculação com a distribuição ou concentração de renda.

Para tanto, se utilizará do conceito de matriz tributária, como sendo o resultado das escolhas, em um determinado momento histórico, no campo da ação social, no que tange ao fenômeno da tributação. Escolhas que definem em considerável medida os limites do Estado e da Constituição.⁴

O seguinte trecho da obra “Matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação” bem esclarece os limites do conceito e a sua finalidade:

Incorpora, portanto, a noção de matriz tributária não só um conjunto de normas jurídicas regulando as relações entre o ente tributante e o contribuinte; não só a escolha feita das bases de incidência (renda, patrimônio e consumo) e sua conseqüente participação no total da arrecadação; não só as questões dogmáticas pertinentes à obrigação tributária; não só as opções que se faz no plano político de atendimento de determinados direitos fundamentais; não só às espécies tributárias existentes em determinado sistema tributário; não só a estrutura do Estado a partir das suas condições materiais de existência, no caso, das

quando se busca definir a natureza destes laços, ou, pelo menos, identificar critérios que permitam delimitar as diversas individualidades nacionais, independentemente da natureza dos laços que as determinam”. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 13^a. ed. Brasília: UNB, 2009. p. 796.

⁴ GASSEN, V. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado a Constituição e a Tributação no Brasil. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 4.

condições de funcionamento do Estado ofertadas pela arrecadação de tributos.

A pretensão do uso da expressão matriz tributária com o sentido exposto é de colaborar com a discussão por parte dos estudiosos do fenômeno tributário de forma a explicitar a complexa realidade que cerca tal fenômeno. **Enfim, de compreender de forma mais aprofundada a relação do fenômeno tributário com a realidade política, econômica, social existente em determinado Estado.**⁵ (Grifo nosso)

Nesse sentido, compreende-se que as escolhas no campo da tributação devem ser verificadas não como um fato isolado e apenas dogmático, mas sim como opções feitas pela comunidade política que repercutem na realidade social, política e econômica de um Estado, opondo-se a expressão sistema tributário nacional que, no senso comum teórico dos juristas⁶, restringe-se aos aspectos internos do fenômeno tributário.

Observa-se que não se pretende, com isso, confrontar a utilização da expressão sistema tributário, mas apenas permitir que a expressão matriz tributária traga uma avaliação mais abrangente e mais consequente do fenômeno tributário.⁷

Derzi aponta que o “conceito de matriz tributária constitui um pressuposto de análise que examina o contexto ontológico da tributação, uma vez que ao teórico não é suficiente definir os aspectos normativos do tributo, mas deve, consciente de seu papel na sociedade, examinar a matriz tributária em que está inserido”⁸.

A abordagem do fenômeno tributário restrita aos aspectos normativos do tributo, limitada muitas vezes ao campo sintático e semântico, tão usual por parte dos tributaristas brasileiros, em que se verifica que o ordenamento tributário integra uma estrutura normativa composta de regras que acaba por fazer parte do próprio sistema jurídico, se mostra insuficiente.

⁵ *Ibidem*. p. 4.

⁶ “Senso comum teórico dos juristas (por referência à produção, circulação e “consumo” das verdades nas diversas práticas de enunciação e escrita do direito): o conjunto das representações, crenças, ficções... que influenciam os juristas profissionais sem que estes tomem consciência de tal influência”. WARAT, Luis Alberto et ali. Senso comum. In: ARNAUD, André-Jean (org). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p. 714.

⁷ Não se trata de negar o uso da expressão sistema tributário e os acordos semânticos elaborados, mas de ofertar, por intermédio da expressão matriz tributária, aos estudiosos do direito tributário, a possibilidade de perquirir (no campo zetético) e de responder e explicitar (no campo dogmático) o fenômeno tributário de forma mais consequente. GASSEN, V. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado a Constituição e a Tributação no Brasil. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 14.

⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio à segunda edição. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. XXIV.

A partir disso, é essencial notar a importância da Constituição Federal ter assegurado a unidade do sistema tributário, uma vez que realizou o escalonamento de normas tributárias, autorizou e regulou o exercício do poder de tributar, trazendo, com isso, uma maior segurança jurídica ao ordenamento e às decisões judiciais e administrativas em relação a cobrança de tributos.⁹

Deve-se apontar, entretanto, que o estudo do fenômeno tributário não deve se ater exclusivamente a estes campos da sintática e da semântica, realizando apenas uma análise técnica e normativa sobre este fenômeno. É necessário que se faça, também, uma análise pragmática, ou seja, o estudo do direito tributário deve se dar de forma a verificar como que as normas jurídicas, no caso tributárias, refletem, influenciam e moldam as sociedades nas quais elas são aplicadas.¹⁰

Contemplando o plano sintático e semântico, no que concerne ao estudo da dogmática tributária, observa-se contribuições significativas como por exemplo na obra “Hipótese de incidência tributária”, de Geraldo Ataliba ou ainda, por Paulo de Barros Carvalho, em relação a regra matriz de incidência tributária.

Ocorre que o estudo da dogmática tributária deve ir além, contemplar também o campo pragmático, ou seja, verificar a complexa relação da tributação com a economia, com a política, com a sociedade de um modo geral.

Vide o embate histórico da proposta aprovada em 1767 pelo Parlamento Britânico das Leis *Townshend* (*Townshend Acts*), que instituíram um imposto incidente sobre papel, vidro, chá e chumbo, a ser pago pelos americanos na importação desses produtos da metrópole com o intuito de obter receitas para o pagamento dos salários dos juízes e governadores para mantê-los leais a Coroa Britânica¹¹.

Neste contexto a utilização do conceito de matriz tributária é importante, pois é um instrumento de análise que possibilita “um giro epistemológico, uma vez que

⁹ *Ibidem*. p. 34.

¹⁰ No sentido de ser fundamental a verificação da conexão entre as normas jurídicas e a realidade é que cabe a seguinte citação: “Demonstrando a constante tensão entre formas jurídicas e fatos, vale o alvitre de Ihering, ainda em 1865, que, conforme escreve Faro, ‘rejeitando a validade intrínseca de conceitos jurídicos, escreveu ele ainda: ‘avida não é o conceito, mas sim os conceitos é que existem a partir da vida.’” In: NUNES, C. S. **Justiça Tributária**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 39.

¹¹ “Estes embates, entre outros, se intensificaram e contribuíram com o processo que resultou na declaração de independência dos EUA em 4 de julho de 1776. Esta declaração marca pela primeira vez na história da expansão europeia um processo de independência de uma colônia por intermédio de uma revolução. Com o fim da guerra de independência (1775-1783) foi aprovada na Convenção da Filadélfia entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787 a Constituição dos Estados Unidos da América. Com a independência dos EUA um sistema tributário próprio foi implementado”. In: GASSEN, Valcir; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Tributação nos Estados Unidos e no Brasil: estudo comparativo da matriz tributária (atualizado com a reforma tributária Trump)**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 27-28.

observa que a análise do fenômeno da tributação deve ser realizada com base na experiência, e não somente na lei”. Derzi reforça ainda que “(...) o estudo da matriz tributária brasileira, ou seja, da experiência social, econômica e política em que estamos inseridos, dará suporte, tal como Hume deu à Kant, a acordar o estudo da tributação nacional do sono dogmático que o acomete”¹².

Bicalho, já atento a importância do conceito de matriz tributária contemplando o campo pragmático, vai além e afirma:

Enquanto são produzidas inúmeras páginas monográficas sobre a norma tributária e seus componentes, sobre a guerra fiscal travada pelos Estados-membros, ou sobre a possibilidade de compensação entre créditos tributários devidos pelos particulares e precatórios oponíveis aos entes federados, pouca atenção é dedicada às questões relacionadas à construção de uma matriz tributária adequada a uma tributação subserviente à capacidade contributiva e à equidade no financiamento das atividades estatais.¹³

Assim, em síntese, para Kinchescki, a matriz tributária é o alicerce e representa a estrutura de um determinado sistema tributário, não se confundindo com ele, “é a fonte desse sistema, a razão de ser do sistema, o motivo que deu causa à criação do sistema tributário em vigor em determinado período”¹⁴.

O conceito de matriz tributária, centrado na ideia do resultado das escolhas no campo da tributação, escolhas essas feitas por pessoas historicamente localizadas, no entender de D’Araújo representa

uma nova forma de investigar o direito tributário, de modo a relacionar os saberes produzidos no campo dogmático não apenas com outros ramos do saber jurídico, mas também com questionamentos que fujam do direito em si, como o papel e função do Estado na sociedade, com os direitos fundamentais existentes e a consequente realização destes, até mesmo com a própria ideia de democracia¹⁵.

Portanto, é fundamental para a presente pesquisa que se estabeleça essa noção de que a tributação de um país está diretamente relacionada com as escolhas feitas pelos seus legisladores no sentido de definir como determinados grupos sociais serão tributados

¹² DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio à segunda edição. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. XXV.

¹³ BICALHO, G. P. D. **A construção do estado social brasileiro na transição da modernidade: a extrafiscalidade como instrumento de legitimação do estado social na perspectiva funcional do direito**. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 196.

¹⁴ KINCHESCKI, C. **A formação histórica da matriz tributária brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 923, p. 451-479, set. 2012. p. 477.

¹⁵ D'ARAÚJO, P. J. S. **Entre a transparência e a ilusão: a regressividade cognitiva da matriz tributária brasileira**. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 42.

e com quem a receita, fruto dessa arrecadação, será gasta e, para tanto, é necessário que se verifique, no próximo ponto, um dos marcos fundamentais para compreensão do fenômeno tributário, qual seja, a cisão entre o Estado e a propriedade.

1.1.2. Cisão entre Estado e propriedade

Como foi trazido no ponto anterior, deve-se partir, para os fins que este trabalho se propõe, da noção de que o conceito de matriz tributária trata do resultado das escolhas realizadas em um determinado momento histórico, no âmbito da ação social, no que tange o fenômeno tributário, e isso deve ser compreendido tendo em vista a cisão histórica que ocorreu entre Estado e propriedade.

O que Hobsbawm¹⁶ chama de dupla revolução modificou de forma substancial a compreensão que se tem acerca da noção de propriedade privada e sua relação com o Estado, ou seja, a Revolução Industrial Inglesa, no campo da economia, e a Revolução Francesa, no campo da política, transformaram, dentre outras coisas, a terra em mercadoria, permitindo o livre comércio dos proprietários e fazendo com que esta fosse, então, inserida no processo produtivo.

Isso se deu, principalmente, por meio de três mudanças importantes nas relações entre o Estado e a propriedade, conforme se verifica no seguinte trecho:

Em primeiro lugar, a terra tinha de ser transformada em uma mercadoria, possuída por proprietários privados e livremente negociável por eles. Em segundo, tinha que passar a ser propriedade de uma classe de homens desejosos por desenvolver seus recursos produtivos para o mercado e estimulados pela razão, isto é, pelos seus próprios interesses e pelo lucro. Em terceiro lugar, a grande massa da população rural tinha que ser transformada de alguma forma, pelo menos em parte, em trabalhadores assalariados, com liberdade de movimento, para o crescente setor não agrícola da economia.¹⁷

É fundamental a compreensão que esses marcos são essenciais para o estabelecimento da relação que há hodiernamente entre o Estado e a propriedade privada dos cidadãos, uma vez que, antes destes processos históricos era comum que as organizações estatais fossem proprietárias de todas as pessoas e coisas de determinado território, fazendo com que houvesse uma confusão entre o Estado e a propriedade.¹⁸

¹⁶ HOBBSAWM, E. J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 41ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019. p. 15.

¹⁷ *Ibidem*. 236.

¹⁸ Nesse sentido cabe o apontamento: “No modelo patrimonial do Absolutismo, o Estado era considerado patrimônio pessoal do governante e o exercício da soberania decorria da propriedade da terra”. BATISTA JÚNIOR, O. A. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, jan/jun 2011. 305-341. p. 309.

Um exemplo claro dessa coesão entre propriedade privada e propriedade estatal se dá com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil no ano de 1808, onde mais de 10 mil residências foram pintadas com as letras PR, em referência a expressão Príncipe Regente, com o objetivo de desalojar os moradores das residências para que os membros da Corte pudessem ali residir.

Assinala-se que neste período essa ação do Estado não poderia ser denominada de apropriação do patrimônio alheio, mas apropriação do patrimônio próprio do Estado¹⁹, uma vez que tudo e todos, de alguma forma, eram propriedade do próprio soberano.²⁰

Esses “despejos”, chamados à época de “aposentadorias”, ocorriam sem que houvesse indenização por parte do Estado, isso porque não havia, como dito anteriormente, a distinção clara entre a propriedade privada e os bens do Estado, sendo que este poderia, de forma arbitrária, requerer aos súditos aquilo que lhe provesses. Fato este que fez com que as letras PR pintadas nas fachadas das residências logo passassem a ser popularmente conhecido como ponha-se na rua.²¹

Tendo clara a importância das revoluções burguesas na concepção moderna da propriedade privada, é que se verifica o impacto desta cisão entre o Estado e a propriedade privada na compreensão do fenômeno tributário, uma vez que a partir do momento em que o Estado passa a não ter mais o controle e a ingerência sobre toda e qualquer propriedade de seu território, passa-se a utilizar a tributação como a forma de financiamento das atividades econômicas do próprio Estado.²²

Dessa forma, os tributos que até então eram tidos como cobranças decorrentes de guerras, em que os vencedores cobravam os vencidos, ou, ainda, como uma contribuição exigida pelo senhor feudal aos seus súditos, teve, por meio do chamado

¹⁹ Neste período, a natureza da propriedade dos particulares no Brasil assemelhava-se a uma concessão administrativa. Vide: LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988.

²⁰ KINCHESKI, Cristiano. **A formação histórica da matriz tributária brasileira**. GASSEN, Valcir (org.). Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 62.

²¹ Atualmente, na cidade do Rio de Janeiro, ocorre uma remoção de pessoas que residem em locais não permitidos em que as residências são marcadas com as letras SMH, fazendo referência a Secretaria Municipal de Habitação, o que popularmente fez a sigla passar a ser chamada de Sai do Morro Hoje. PAULO, Paula Paiva. **Do “ponha-se na rua” ao “sai do morro hoje”: das raízes históricas das remoções à construção da cidade olímpica**. Universidade Federal Fluminense, 2013. p. 10.

²² “O Estado deixou de se apoiar nos ingressos originários do patrimônio do príncipe; deu-se a separação entre fazenda pública e fazenda do príncipe, entre política e economia. Assim, o Estado Tributário é a projeção financeira do Estado de Direito; é aquele cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por tributos”. BATISTA JÚNIOR, O. A. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, jan/jun 2011. 305-341. p. 310 e 311.

pacto tributário, a concepção moderna que é utilizada até hoje, em que “o direito de propriedade passa a ser assegurado, ao povo, pelo Estado”²³.

Portanto, sob este marco histórico que se funda um dos pilares mais basilares do fenômeno tributário moderno, uma vez que o sistema econômico capitalista não permite que o Estado detenha o controle dos meios de produção, nem que explore a sua própria atividade econômica com total liberdade, fazendo com que haja a legitimação constitucional do fenômeno tributário como forma de garantir a manutenção das instituições que garantem a propriedade privada e as demais liberdades tão defendidas nas democracias modernas.

1.1.3. As funções da tributação e sua importância

Partiu-se, nessa primeira parte do capítulo primeiro, do estabelecimento do conceito de matriz tributária, demonstrando a importância da cisão entre Estado e propriedade para a concepção moderna do fenômeno tributário, restando, para este ponto a avaliação da importância das funções da tributação, e sua consequente relação com a definição das políticas públicas de um país.

Nesse sentido, existe mais de uma forma de classificar as funções que o fenômeno da tributação pode e deve ter em uma sociedade, como, por exemplo, Manfred Rose que divide essas funções em administrativa, distributiva, política e econômica²⁴. Entretanto, para os objetivos que este trabalho se propõe, há de se observar o que Peggy e Richard Musgrave²⁵ entendem como sendo a função alocativa, a função distributiva e a função estabilizadora dos tributos.

A chamada função alocativa indica que a tributação é um instrumento necessário para que assegure ajustes na alocação de recursos, onde o uso de recursos totais da economia é dividido entre bens públicos e privados, assinalando que os bens públicos não podem ser oferecidos aos cidadãos através do sistema de mercado. O governo tem o dever de definir quais serão os bens públicos a serem ofertados e calcular, conseqüentemente, o nível de contribuição de cada cidadão.²⁶

²³ KINCHESKI, C. **A formação histórica da matriz tributária brasileira**. GASSEN, Valcir (org.). Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 62.

²⁴ ROSE, M. *Pladoyer fure in konsumbasiertes Steuersystem. Heidelberg Kongress – Konsumbasiertes Steuersystem*. Heidelberg, 1990. p. 10 a 26. *Apud*. LAGEMANN, E. **Tributação: seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios**. GASSEN, V. (org.). Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 21.

²⁵ MUSGRAVE, P. B.; MUSGRAVE, R. A. **Public finance in theory and practice**. 5ª. ed. Singapura: McGraw-Hill International Editions, 1989.

²⁶ *Ibidem*. p. 6

A função distributiva, por sua vez, diz respeito a organização da distribuição da renda resultante dos chamados fatores de produção – capital, trabalho e terra – e da venda dos serviços desses fatores no mercado²⁷, fazendo com que haja uma busca no sentido de uma distribuição de renda e riquezas para a construção de um Estado justo.²⁸

E, por fim, a função estabilizadora dos tributos que se relaciona com uma política orçamentária que atue em busca da manutenção do pleno emprego, estabilizando o nível de preços sob uma taxa adequada de crescimento econômico, o que pode se dar diretamente por meio da variação dos gastos públicos em consumo e investimento ou, indiretamente, pela redução de alíquotas dos impostos.²⁹

Nesse sentido, cabe ainda assinalar que “embora esses objetivos de política sejam diferentes, qualquer medida de imposto ou despesa provavelmente afetará mais de um objetivo. Como será notado atualmente, o problema, portanto, é como projetar a política orçamentária para que a busca de uma meta não anule a de outra”.³⁰

A importância de perceber e compreender as diversas funções da tributação viabiliza análises sobre o fenômeno tributário em vários aspectos como por exemplo as bases de incidência escolhidas e a participação de cada uma delas na arrecadação de tributos; a questão das despesas e receitas na composição do orçamento público; o viés alocativo e ou distributivo do orçamento etc.³¹

Note-se que, apesar de observar-se que essas características atribuída a cada uma das funções da tributação por vezes se confundem e que todas tem sua importância no desenvolvimento e na manutenção de um Estado, o presente trabalho tem como objeto de estudo mais específico a função distributiva dos tributos, como sendo essencial para desenvolver econômica e socialmente uma nação.

Sob este aspecto cabe o apontamento trazido por Norberto Bobbio acerca da relação entre a democracia com a justiça distributiva:

²⁷ COSTA, G. P. C. L. D.; GARTNER, I. R. O efeito da função orçamentária alocativa na redução da desigualdade de renda no Brasil: uma análise dos gastos em educação e saúde no período de 1995 a 2012. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, mar. abr. 2017.

²⁸ MUSGRAVE, P. B.; MUSGRAVE, R. A. *Public finance in theory and practice*. 5ª. ed. Singapura: McGraw-Hill International Editions, 1989. p. 6.

²⁹ *Ibidem*. p. 6.

³⁰ No original: “While these policy objectives differ, any one tax or expenditure measure is likely to affect more than one objective. As will be noted presently, the problem, therefore, is how to design budget policy so that the pursuit of one goal does not void that of another.” In: MUSGRAVE, P. B.; MUSGRAVE, R. A. *Public finance in theory and practice*. 5ª. ed. Singapura: McGraw-Hill International Editions, 1989. p. 6.

³¹ COSTA, G. P. C. L. D.; GARTNER, I. R. O efeito da função orçamentária alocativa na redução da desigualdade de renda no Brasil: uma análise dos gastos em educação e saúde no período de 1995 a 2012. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, mar. abr. 2017. p. 270.

Para que uma sociedade permaneça reunida é preciso que se introduza também algum critério de justiça distributiva. Aqui, como todos sabem, começam as dificuldades. Distribuir: mas com qual critério? O debate atual sobre o Estado social nasce da divergência de respostas a esta pergunta tão simples.³²

Nesse sentido, relevante o seguinte trecho de Higgins e Pereira que observam a função distributiva apontada por Musgrave na realidade tributária brasileira há alguns anos:

Seguindo as afirmações de Musgrave (1959) a respeito da distribuição, o Brasil está se movendo à direção correta, diminuindo a desigualdade de renda através da política fiscal. No entanto, apesar do fato de que transferência de renda aumentou significativamente nos últimos tempos, eles foram associados a um nível ainda mais alto de tributação. A tributação como proporção do PIB aumentou em mais de 50% no Brasil nas últimas duas décadas (Amaral et al. 2011). Além disso, segundo García-Peñalosa e Turnovsky (2011), as consequências do aumento de impostos sobre a distribuição de renda dependem principalmente de como as receitas são gastas. A elasticidade da oferta de trabalho também desempenha um papel crucial, reforçando ou compensando o impacto redistributivo dos impostos. Em particular, a dinâmica da resposta à desigualdade de renda depende de dois efeitos: mudanças na oferta de trabalho e mudanças na distribuição de capital e fator preços durante a transição para o novo estado estacionário. Eles podem se mover em direções opostas, então a resposta à política fiscal é não-monótona.³³ (Tradução livre)

Por esta perspectiva que o Estado, o Poder Judiciário e todos os órgãos de administração tributária devem se atentar às dimensões e finalidades da tributação e o papel que isso terá na busca pela eficácia dos direitos declarados na Constituição, uma vez que a sociedade, em geral, possa sentir os efeitos de que o tributo arrecadado está sendo aplicado na busca do bem comum, dos objetivos da República, definidos no art. 3º da Constituição Federal, e na busca por uma sociedade mais justa e igualitária.³⁴

³² BOBBIO, N. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 177 e 178.

³³ No original: “*Following Musgrave’s (1959) assertions with respect to distribution, Brazil is moving in the right direction by decreasing income inequality through fiscal policy. However, despite the fact that transfer payments increased significantly recently, they were associated with an even higher level of taxation. Taxation as proportion of GDP increased by more than 50 percent in Brazil over the last two decades (Amaral et al. 2011). In addition, according to García-Peñalosa and Turnovsky (2011), the consequences of tax increases on income distribution depend mainly on how the resulting revenues are spent. The elasticity of labor supply also plays a crucial role, reinforcing or offsetting the redistributive impact of taxes. In particular, the dynamics of the response of income inequality depends on two effects: changes in labor supply and changes in the distribution of capital and factor prices during the transition to the new steady state. They can move in opposite directions, so the response to policy is nonmonotonic*”. In: HIGGINS, S.; PEREIRA, C. **The effects of Brazil’s high taxation and social spending on the distribution of household income**. New Orleans: Tulane University, 2013. p. 16.

³⁴ Nesse sentido, cabe a seguinte lembrança: “É papel da administração tributária, portanto, especialmente nos países menos avançados, elevar sua missão de arrecadação de recursos para um patamar bem mais amplo, que contemple as diversas dimensões e finalidades da tributação, seu papel cultural e moral, e sua importância para o alcance do desenvolvimento sustentável. A administração tributária deve zelar, junto

Portanto, é sob este prisma, que parte da perspectiva que a matriz tributária brasileira é resultado de escolhas realizadas em determinados momentos históricos, observando a cisão entre Estado e propriedade como um marco na definição daquilo que hodiernamente consideramos o fenômeno tributário, e das funções que a tributação pode e deve ter na sociedade, que se pretende apresentar o presente trabalho, que no próximo ponto tratará acerca de outros conceitos operacionais essenciais para a compreensão do fenômeno tributário e utilizados na construção da matriz tributária brasileira.

1.2. TRIBUTOS REAIS, PROGRESSIVIDADE, REGRESSIVIDADE E PROPORCIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO

Tendo em vista o que foi trazido no ponto anterior, com os esclarecimentos iniciais acerca do conceito de matriz tributária, da cisão entre Estado e propriedade e sobre as funções do fenômeno tributário, é que se parte para este segundo subcapítulo.

Neste ponto analisar-se-á os conceitos acerca da progressividade, regressividade e proporcionalidade na tributação, bem como um pequeno apanhado histórico da progressividade tributária e, por fim, apontando a questão da regressividade dos tributos em face das suas bases de incidência.

1.2.1. Conceitos de progressividade, regressividade e proporcionalidade

Inicialmente, deve-se observar o conceito de tributo trazido pela legislação pátria, mais especificamente pelo Código Tributário Nacional no seu art. 3º que o define como sendo: “(...) toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A partir deste conceito observa-se que são diversas as classificações que as espécies tributárias podem ter, por exemplo Amaro³⁵ compreende que os tributos são

aos diversos segmentos da população e aos demais órgãos de governo, para que a tributação possa ser efetivamente percebida como algo que parte da sociedade e retorna – com valor adicionado – à própria sociedade. E, conforme mencionado por Schumpeter, em sua obra clássica *History of Economic Analysis* (1954), “*Nothing shows so clearly the character of a society and of a civilization as does the fiscal policy that its political sector adopts*””. In: VIOL, A. L. **A finalidade da tributação e sua difusão na sociedade**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/texto02afinalidadedatributacao.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

³⁵ AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 79 e 80.

divididos em quatro grupos, sendo eles os impostos, as taxas, as contribuições e os empréstimos compulsórios.

Outra classificação, e que será adotada pelo presente trabalho, é a chamada pentapartite, ou seja, considera que os tributos se dividem em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições sociais³⁶. Cabendo apontar, ainda, que há uma considerável gama de subdivisões dentro de cada uma dessas espécies tributárias.

Dentre todas as classificações possíveis, a depender dos critérios utilizados, podemos apontar que os tributos podem ser federais, estaduais ou municipais, quando se verifica a competência de instituição; podem ser fiscais ou parafiscais, dependendo da finalidade ser arrecadatória ou regulatória; podem ser reais ou pessoais (que serão tratados no ponto 1.2.4), a depender da predominância de características objetivas ou subjetivas na configuração do fato gerador; podem ser diretos ou indiretos, dependendo de quem suporta o ônus tributário; podem ser fixos ou variáveis, quando o montante independe ou depende da dimensão econômica do fato gerador; podem ser seletivos ou não seletivos, quando a alíquota é graduada ou não para onerar mais os bens menos essenciais; podem ser cumulativos ou não cumulativos, a depender da técnica de aplicação dos tributos multifásicos; e podem ser, também, progressivos ou regressivos, dependendo da relação entre o ônus tributário e a renda do contribuinte.³⁷

Há, conforme verificado, uma pluralidade de classificações que utilizam dos mais variados critérios para a divisão dos tributos, mas a classificação que se faz essencial ao presente trabalho, e que será objeto deste tópico, é a dos tributos progressivos, regressivos e proporcionais e as implicações que estes conceitos têm na construção da matriz tributária brasileira.

A opção que se faz neste trabalho, em um primeiro momento, é tratar do gênero tributo, na questão da progressividade, regressividade e proporcionalidade, salientando que parte considerável da doutrina ao invés de se referir a tributo se refere apenas a espécie impostos progressivos, regressivos e proporcionais, considera-se, entretanto, que estas características se ligam ao gênero e caberia, então, a análise de cada espécie para aferição destas possíveis características.³⁸

³⁶ GASSEN, V. **Tributação na origem e destino**: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

³⁷ AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 86 a 90.

³⁸ Como forma de frisar a importância da progressividade tributária cabe a seguinte passagem: “(...) duas instituições fundamentais inventadas no século XX que devem continuar desempenhando um papel central

A progressividade ou regressividade tributária se dá, portanto, sob a análise do ônus tributário em relação à renda, ou ainda à capacidade contributiva³⁹ do contribuinte, como sendo

(...) o critério de equidade vertical mais difundido; na Alemanha, na Itália e na Espanha adquiriu caráter constitucional. Sob este ponto de vista, a iniquidade do imposto fixo individual está em que ele ignora o fato de que as pessoas são diferentes em sua capacidade de arcar com o ônus do pagamento de impostos.⁴⁰

Nesse sentido, levando em consideração esse princípio, será regressivo quando aumentar a onerosidade relativa em razão inversa da capacidade contributiva do contribuinte de fato. Será progressivo quando aumentar a onerosidade relativa em razão direta à situação econômica do sujeito passivo da relação jurídica tributária.⁴¹

Amaro⁴² traz um exemplo para que se compreenda, em termos práticos, o que ocorre ao aplicar uma alíquota com características progressivas ou regressivas a um contribuinte, apontando que um cidadão que tem uma renda de R\$ 1.000,00 e paga R\$ 10,00 de imposto ao adquirir um produto, está sendo onerado em 1% de sua renda; já outro cidadão, com uma renda de R\$ 2.000,00, ao comprar o mesmo produto, com a mesma alíquota, paga 0,5% da sua renda a título de tributo, fazendo com que esse tributo possua características regressivas, ou seja, onera mais, proporcionalmente a sua renda, aquele cidadão que menos ganha.

Observa-se, com isso, que a progressividade ou regressividade da carga tributária está vinculada objetivamente com o princípio da capacidade contributiva, ou seja, a noção de que cada indivíduo deverá pagar de acordo com sua capacidade de

no futuro: o Estado Social e o imposto progressivo sobre a renda”. PIKETTY, T. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 501.

³⁹ Acerca do conceito de capacidade contributiva: “A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário.” CARVALHO, P. D. B. **Curso de direito tributário**. 24^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309.

⁴⁰ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 28 e 29.

⁴¹ GASSEN, V. **Tributação na origem e destino: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

⁴² AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 89.

contribuição, independente de quem usufrua os bens ou serviços, princípio este que traz consigo uma noção de equidade horizontal e vertical⁴³ na cobrança dos tributos.⁴⁴

Nesse sentido, Baleeiro aponta que a progressividade tributária é aquele princípio que eleva a alíquota na mesma medida que cresce o montante da capacidade contributiva do contribuinte, servindo como instrumento para o Estado na construção de uma sociedade mais justa e solidária, sendo um requisito inseparável do princípio da igualdade.⁴⁵

Outra característica importante para que se compreenda o fenômeno tributário é a dos tributos proporcionais em que há uma alíquota uniforme e constante e que o resultado aumenta na proporção do aumento do valor sobre o qual essa alíquota incide, ou seja, a carga proporcional traz alíquotas fixas, o que varia é o montante tributável.

Tomar-se-á como exemplo o seguinte caso, um cidadão X possui uma renda de R\$ 10.000,00 e sob uma carga tributária de 20% paga, a título de tributos, o montante de R\$ 2.000,00; já o cidadão Y tem uma renda de R\$ 20.000,00 e incide sobre este valor a mesma carga tributária (20%), acarretando um ônus tributário de R\$ 4.000,00. Observa-se, com isso, que a elevação da renda dos cidadãos X e Y corresponde a uma carga tributária individual constante, de exatos 20%, que caracteriza a chamada carga tributária proporcional.

Com esse exemplo se verifica que o comportamento da alíquota se relaciona com o da base de cálculo, e o comportamento da carga tributária se relaciona com o da renda, o que ocorre, segundo Lagemann⁴⁶, nos tributos em que a renda é a base de cálculo, para as demais bases de incidência essa correspondência não se dá necessariamente dessa

⁴³ “No âmbito da tributação uma importante pergunta pode ser assim formulada: afinal de contas, quando um tributo é equitativo? São várias as respostas possíveis, mas sucintamente pode ser respondida de duas formas. A primeira resposta é no sentido de equidade como ideia básica de que contribuintes com a mesma capacidade contributiva serão onerados da mesma forma, isto é **uma equidade horizontal**. (...) A segunda resposta possível sobre quando um tributo é equitativo segue em uma perspectiva **vertical**. Na relação entre contribuintes que possuem capacidade contributiva diferentes. Neste caso será equitativo o tributo que onerar proporcionalmente de forma mais gravosa o contribuinte com maior capacidade contributiva e onerar proporcionalmente de forma menos gravosa àquele que tiver menor capacidade contributiva”. In: GASSEN, V.; VALADÃO, M. A. P. **Tributação nos Estados Unidos e no Brasil**: estudo comparativo da matriz tributária (atualizado com a reforma tributária Trump). São Paulo: Almedina, 2020. p. 41.

⁴⁴ LAGEMANN, E. Tributação: Seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: Diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 24.

⁴⁵ BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 870.

⁴⁶ LAGEMANN, E. Tributação: Seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: Diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 28.

forma, haja vista que para o consumo, por exemplo, a alíquota pode ser proporcional sobre o consumo, mas ter uma carga tributária regressiva.

Cabe, portanto, assinalar a diferença existente entre tributação progressiva e regressiva com a proporcional, nesse sentido, se observa que a tributação proporcional traz uma alíquota igual e fixa, assim como a tributação regressiva, mas o fato de ela incidir sobre a renda (que é variável e que se vincula com a capacidade contributiva) faz com que sua carga tributária seja proporcional e não regressiva.⁴⁷

Sob este aspecto que, apesar da dificuldade de conceituação e da proximidade que a tributação proporcional possui com a tributação progressiva, é fundamental que se compreenda que a proporcionalidade será verificada quando seu percentual ficar constante em caso de variação de renda, a progressividade quando seu percentual aumentar com o aumento da renda, e regressividade quando seu percentual aumentar conforme for a redução da renda.⁴⁸

Considerando as posições trazidas pelos autores acima citados é importante consolidar nosso conceito operacional de progressividade, regressividade e proporcionalidade. Entendemos, portanto, que um tributo progressivo é aquele em que o aumento se dá com base em uma razão geométrica, aumentando o percentual da alíquota conforme aumenta o valor da renda, por exemplo.

Já a tributação proporcional deve ser compreendida como o aumento aritmético do valor a ser pago a título de tributo, tendo um percentual constante da alíquota e a variação apenas no que tange a renda, que é variável conforme a capacidade contributiva.

Já o tributo com características regressivas é aquele em que a diminuição da renda implica em um aumento do percentual a ser pago de tributos, com um ônus relativo

⁴⁷ Acerca desta distinção cabe apontar o seguinte: “*In a certain sense the distinction between proportional and progressive taxation is illogical, for progression is also a kind of proportion. In the one case the tax may increase by a proportionate increment of the tax, the rate remaining the same; in the other case the tax may increase by a proportionate increment of the rate, the rate changing pari passu with the amount. In both cases we have a proportion, although the results of the proportion are very different. Strictly speaking, therefore, the distinction ought to be drawn, not between proportion and progression, but between two kinds of proportion. Again, the progression, if we adopt the term, may itself be either proportional or progressive: a proportional progression being an increase of the rate at an arithmetical ratio, a progressive progression being an increase at a geometrical ratio.*”. In: SELIGMAN, E. R. A. **Progressive Taxation in Theory and Practice**. Baltimore: American Economic Association, 1894. p. 2 e 3.

⁴⁸ LAGEMANN, E. Tributação: Seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 27 e 28.

maior ao cidadão com menor capacidade contributiva do que aquele com maior capacidade contributiva.⁴⁹

Portanto, a importância de se ter claros estes conceitos reside, principalmente, na análise dos efeitos da tributação na distribuição de renda, ou seja, na verificação de como a matriz tributária brasileira funciona como um instrumento para aumentar a concentração de renda utilizando mecanismos que dão à tributação características regressivas, onerando aqueles que menos possuem capacidade contributiva, conforme será verificado nos pontos a seguir.

1.2.2. A discussão da progressividade na história da tributação

A questão da importância de se ter características progressivas nos tributos está relacionada com o respeito a alguns princípios e alguns objetivos republicanos e democráticos, como o da equidade, da capacidade contributiva e da diminuição das desigualdades sociais fundamentais para que se atinja uma maior justiça fiscal.⁵⁰

Uma tributação com características progressivas é tema recorrente na história de forma geral, e para tratar esse ponto utiliza-se a obra “*Progressive taxation in theory and practice*” de Edwin Seligman que, pioneiro na discussão da progressividade tributária, traz um histórico apurado acerca das tentativas e êxitos no estabelecimento de alíquotas progressivas na cobrança dos tributos.

Já em Atenas, por volta do ano 596 a.C., sob o governo de Sólon, que realizou profundas transformações sociais, políticas e econômicas na Grécia, houve o estabelecimento de um tributo sobre a propriedade que era cobrado com base na produção e levava em consideração as quatro classes em que a população era dividida.⁵¹

Dentro dessas quatro diferentes classes houve uma graduação na forma de tributar a propriedade e ao invés de se alterar a alíquota do imposto foi feita uma alteração na parte passível de avaliação da propriedade, sendo que aqueles com maior capacidade

⁴⁹ Como exemplo de uma tributação considerada regressiva pode-se observar a tentativa de estabelecimento do “*poll tax*” no governo de Margaret Thatcher em que um valor específico era cobrado de todos os contribuintes sem levar em consideração a sua capacidade contributiva, o que acabou sendo um dos motivos da queda da Primeira-Ministra. “*Margaret Thatcher’s poll tax scheme, under which everyone, rich and poor, pays exactly the same amount*”. DWORKIN, R. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Nova Jersey, Princeton University Press, 2006. p. 100.

⁵⁰ “(...) o capital apresenta-se como o melhor indicador da capacidade contributiva das pessoas mais ricas em relação à renda anual, que muitas vezes é difícil de medir”. PIKETTY, T. *O Capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 512.

⁵¹ SELIGMAN, E. R. A. *Progressive Taxation in Theory and Practice*. Baltimore: American Economic Association, 1894. p. 11 e 12.

contributiva fossem tributados com base no valor total da propriedade, a classe logo abaixo foi tributada em 5/6 do valor total da propriedade enquanto a terceira classe teve o ônus tributário de 5/9 do valor da propriedade.⁵²

Com o crescimento dos pensamentos democráticos, houve, durante a idade média, um aumento substancial na chamada tributação direta, o que levou a uma maior progressividade na tributação, uma vez que as classes superiores, algumas vezes, eram cobradas de forma mais severa com base em princípios humanitários, como na França com a expressão “*le fort portant le faible*”, ou seja, em uma tradução livre, os fortes carregando os fracos.⁵³

Exemplos específicos como esse são encontrados, principalmente nos tributos sobre a propriedade na Inglaterra, na Itália e na Alemanha medievais, mas cabe a verificação de que, de forma geral, os tributos quando eram de competência do Estado Geral possuíam características regressivas, principalmente pela forte estrutura feudal e aristocrática da época, e quando eram instituídos pelas cidades e comunidades menores possuíam mais características democráticas tornando-os mais progressivos.⁵⁴

Como se verifica nesse seguinte trecho que Seligman trata da tributação progressiva no território italiano do século XV:

A tributação progressiva foi aplicada pela primeira vez em um imposto sobre a propriedade geral ou ao *catasto* em 1443. O imposto era conhecido como *graziosa* ou "imposto gracioso", porque era tão favorável às classes mais baixas que até então tinham assumido o encargo principal. O "imposto gracioso" dividia os contribuintes em quatorze classes, a taxa variava de quatro a trinta e três e um terço por cento da renda, que era então capitalizada.⁵⁵ (Tradução livre)

No decorrer do século XVII pouco se tratou de tributação progressiva, mas houve uma retomada desse tema no século seguinte, a partir da Revolução Francesa de 1789, fazendo com que a França fosse o lugar com aplicações tributárias progressivas mais marcantes, uma vez que durante o período revolucionário muitas tentativas de impor uma tributação progressiva foram trazidas ao debate político.

Essas características do tributo francês foram utilizadas nos Estados Unidos da América como um modelo de tributação progressiva direta a ser seguido e foi a base

⁵² *Ibidem.* p. 12.

⁵³ *Ibidem.* p. 14.

⁵⁴ *Ibidem.* p. 17.

⁵⁵ No original: “*The progressive rate was first applied to the general property tax or catasto in 1443. The tax was known as the graziosa or “gracious tax”, because so favorable to the lower classes who had hit her to borne the chief burden. The “gracious tax” divided the taxpayers into fourteen classes, the rate varying from four to thirty-three and a third per cent of the income, which was then capitalize*”. In: *Ibidem.* p. 22.

da proposta do plano do Secretário Wolcott, de 1798, que trazia três diferentes tributos diretos, sobre moradia, escravos e terras, no tributo sobre moradia, por exemplo, a progressividade era graduada pelo número de quartos que a casa possuía.⁵⁶

Outro exemplo é o da Inglaterra que teve o imposto sobre a renda introduzido no país no ano de 1798 e a progressividade se dava da seguinte maneira: rendas abaixo de 60 libras eram isentas, de 60 a 200 libras eram tributadas de 0,83% a 10% e toda renda acima de 200 libras era tributada em 10%, sendo que aqueles pais com quatro a sete filhos, oito a nove e 10 ou mais poderiam requerer abatimento de 10, 15 e 20%, respectivamente.⁵⁷

Com isso, se verifica que a questão da progressividade na tributação vem sendo discutida e aplicada há séculos em praticamente todas as sociedades democráticas do mundo, inclusive Seligman faz uma relação acerca da progressividade tributária e democracia, demonstrando que nos países que se verificam os êxitos na cobrança de tributos com características progressivas são aqueles que tem maiores tendências democráticas.⁵⁸

No Brasil do início do século XX que se tem as primeiras discussões acerca da progressividade na tributação e, nesse sentido, cabe apontar o que Godói traz acerca do entendimento de Rui Barbosa no que diz respeito a progressividade e a relação da tributação com o princípio da equidade, conforme se verifica no seguinte trecho:

Rui apontava que as rendas do capital acumulado deveriam ser agravadas de modo mais pesado, em comparação com as rendas decorrentes do trabalho. Invoca um princípio de equidade, que afastaria a tributação exagerada sobre o resultado do trabalho diuturno do indivíduo, mas que prestigiaria a incidência sobre o capital acumulado. Citando John Stuart Mill, Rui argumentava que o imposto deveria ser calculado com precisão, respeitando-se as individualidades e as características próprias dos contribuintes, “(...) a fim de que o sacrifício de todos seja igual”. Nesse passo, Rui intuía também princípios específicos do imposto de renda, especificamente, a generalidade, a universalidade e a progressividade.⁵⁹

Portanto, tendo em vista a importância da relação entre progressividade tributária e os princípios basilares do estado democrático de direito é que se pretende, ao

⁵⁶ *Ibidem.* p. 29.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 41.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 124.

⁵⁹ GODÓI, M. S. D. Crítica à visão libertarista do Tributo e do Direito Tributário. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 105-119. p. 136.

longo deste trabalho, apontar a necessidade da rediscussão da matriz tributária brasileira e a influência que as decisões judiciais têm tido na definição da progressividade tributária.

1.2.3. A questão da regressividade nas bases de incidência

Para que se tenha uma melhor compreensão da matriz tributária brasileira e dos objetivos do presente trabalho é fundamental que se entenda que, para que se dê a instituição de um tributo, é necessário que se escolha qual será a sua base de incidência, para tanto, o legislador pode optar entre as três clássicas bases de incidência: a renda, o consumo ou o patrimônio.

Por mais claro que isso pareça, boa parte da doutrina pátria trata das bases de incidência de forma um tanto quanto ilógica, mas é fundamental que se traga uma construção racional no campo da dogmática tributária para que se atinja os objetivos do presente trabalho.

Nesse sentido, tendo em vista que as bases de incidência são essencialmente a renda, o consumo e o patrimônio não se deve confundir essa classificação, como é feito constantemente, com a tributação incidente nas fases de um processo produtivo, ou seja, um tributo como o ICMS, por exemplo, é um tributo não cumulativo⁶⁰ que, para tanto, gera débitos e créditos em uma cadeia produtiva gravando apenas o valor que foi agregado em cada fase do processo, repassando esses valores até o montante que será assumido pelo consumidor final do produto.

Essa técnica de tributar durante a circulação e produção do produto, para evitar um efeito cascata de tributo sobre tributo nada mais é do que, de fato, uma técnica de tributar, a base de incidência deste tributo é o consumo de bens e serviços e não a circulação ou produção do produto como afirmam alguns doutrinadores brasileiros, uma vez que o contribuinte de fato é o consumidor final que arca com o montante no fim da cadeia produtiva.

A utilização desta técnica serve para que a administração arrecade os valores na circulação e na produção evitando a sonegação fiscal, ou seja, escolher o momento de cobrar o tributo não afasta o fato de que a repercussão econômica do tributo recai, como dito acima, sobre o contribuinte de fato, sendo que o contribuinte de *iure*, responsável

⁶⁰ “Tributo não cumulativo é aquele que incide em várias fases do processo produtivo apenas sobre o valor que naquela se agregou, significa isto que se pode também gravar todo o valor acumulado do bem, desde que se desconte, de deduza o valor que gravou as fases anteriores”. GASSEN, V. **Tributação na origem e destino**: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

pelo adiantamento dos valores dos tributos para que ocorra a não cumulatividade, repassa esses ônus tributários ao valor final do produto que será pago pelo consumidor.

Observa-se, com isso, que essa obliteração dogmática na doutrina tributária esconde, dentre outras coisas, a regressividade inerente na tributação sobre o consumo, ou seja, quando se tributa de forma gravosa, como é feito no Brasil, o consumo das pessoas, não se está levando em consideração o princípio da capacidade contributiva e se está cobrando o “mesmo valor” de pessoas de classes sociais distintas, fazendo com que aqueles com menos condições materiais de subsistência arquem com um percentual maior em relação aos seus ganhos do que aqueles com uma melhor condição material.

Por outro lado, a tributação quando se dá sobre as bases de incidência renda e patrimônio se torna muito mais fácil de se verificar a capacidade contributiva do contribuinte, conforme se verifica:

Há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade. Tenho presente que, de uma ocorrência insusceptível de avaliação patrimonial, jamais se conseguirá extrair cifras monetárias que traduzam, de alguma forma, valor em dinheiro. Colhe a substância apropriada para satisfazer os anseios do Estado, que consiste na captação de parcelas do patrimônio de seus súditos, sempre que estes participarem de fatos daquela natureza. Da providência contida na escolha de eventos presuntivos de fortuna econômica decorre a possibilidade de o legislador, subsequentemente, distribuir a carga tributária de maneira equitativa, estabelecendo proporcionadamente às dimensões do acontecimento, o grau de contribuição dos que dele participaram.⁶¹

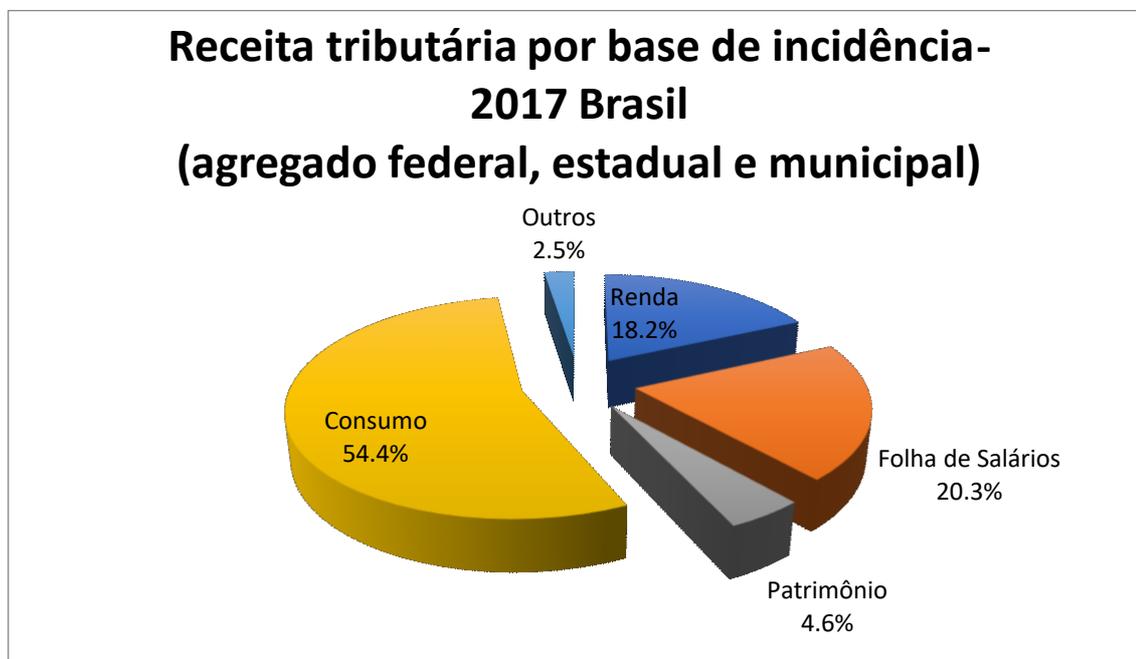
A importância de se ter claro esse tipo de raciocínio se dá principalmente no fato de que as opções legislativas acerca das bases de incidência para a tributação de um país demonstram, necessariamente, quais serão as classes sociais que serão mais oneradas e quais serão mais privilegiadas no que tange a tributação.

Nesse sentido, é fundamental para a compreensão do presente trabalho que a tributação sobre o patrimônio e a renda, por ser mais fácil de demonstrar os signos de riqueza, acaba por criar uma tributação mais progressiva e quando se tributa mais o consumo, desconsiderando a capacidade contributiva do contribuinte, acaba gerando a regressividade tributária.

⁶¹ CARVALHO, P. D. B. **Curso de direito tributário**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 310.

Acerca destas opções legislativas, cabe apontar que o Brasil possui uma matriz tributária que opta por tributar mais o consumo do que a renda e o patrimônio, como se verifica no seguinte gráfico:

Tabela 1: Receita tributária por base de incidência, 2017, Brasil

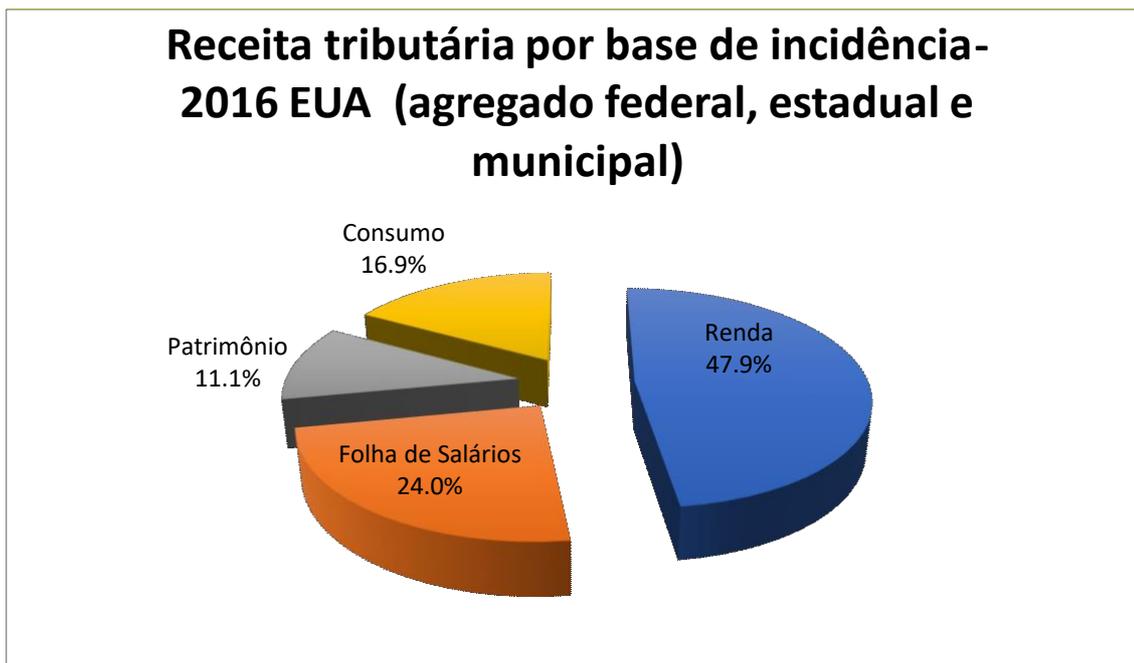


Fonte⁶²

Para fins de comparação de quanto se arrecada verificando as bases de incidência, cabe a análise do gráfico abaixo que traz os dados da arrecadação nos Estados Unidos da América:

Tabela 2: Receita tributária por base de incidência, 2016, Estados Unidos da América

⁶² GASSEN, V.; VALADÃO, M. A. P. **Tributação nos Estados Unidos e no Brasil: estudo comparativo da matriz tributária** (atualizado com a reforma tributária Trump). São Paulo: Almedina, 2020. p. 100.



Fonte⁶³

Com isso, se verifica que as escolhas que o Brasil faz, no campo da tributação, implicam em uma arrecadação nacional que possui em torno de 54,4% centrada na base de incidência consumo, enquanto nos Estados Unidos da América essa mesma base de incidência corresponde a cerca de 16,9% do total arrecadado.

Cabe apontar a importância da discussão sobre as bases de incidência e como a escolha da composição percentual das bases em uma determinada matriz tributária afeta as funções atribuídas à tributação.

Keynes, em relação a essa complexa equação, salienta que:

Os impostos sobre o rendimento — particularmente quando são discriminatórios contra o rendimento “não ganho”, os impostos sobre as mais-valias, sobre as heranças etc. são tão importantes como a taxa de juro, sendo mesmo possível que as eventuais modificações da política fiscal tenham, pelo menos nas expectativas, maior influência do que a própria taxa de juro. **Se a política fiscal for utilizada como um instrumento deliberado para promover uma maior igualdade na distribuição dos rendimentos, o seu efeito sobre o aumento da propensão ao consumo será, naturalmente, ainda maior.**⁶⁴ (Grifo nosso)

Portanto, a tributação sobre o consumo, e sua consequente vinculação com a regressividade tributária, tem um papel fundamental na matriz tributária brasileira, que opta por onerar mais aqueles que menos têm condições materiais de contribuir,

⁶³ *Ibidem.* p. 99.

⁶⁴ KEYNES, J. M. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 225.

desrespeitando o princípio da capacidade contributiva e dificultando ainda mais a caminhada do país em direção a uma sociedade mais justa e igualitária.

1.2.4. Conceitos de tributos reais

Para que se atinja os objetivos do presente trabalho é necessário que se trate do conceito de tributos reais e dos tributos pessoais, principalmente porque posteriormente, no capítulo terceiro, observar-se-á que estes conceitos estão diretamente relacionados com muitos dos argumentos de membros do Poder Judiciário para negar a progressividade tributária para alguns tributos específicos.

Inicialmente cabe apontar que a diferença básica entre tributos pessoais e tributos reais se dá no fato de que o primeiro considera características pessoais do sujeito passivo tributário para que seja formada a base de cálculo do tributo, como o nível de renda, o número de dependentes, o estado civil entre tantos outros pontos.⁶⁵

Já o segundo grupo, i.e., os tributos com características reais se dá quando não há, por parte do legislador, uma consideração dos aspectos pessoais do contribuinte na formação da base de cálculo do tributo, mas sim uma avaliação da matéria tributável, da operação ou do negócio, que aquela alíquota irá incidir.⁶⁶

Já os tributos pessoais verificam aspectos subjetivos do contribuinte, como nível de renda e estado civil, por exemplo, entretanto há de se perceber que por vezes alguns tributos combinam esses aspectos, como por exemplo o imposto sobre a renda que é essencialmente um tributo pessoal, que leva em consideração variadas características pessoais do contribuinte, mas que, em algumas situações específicas, pode apresentar hipóteses com caráter real.⁶⁷

Sob este aspecto, Baleeiro⁶⁸ aponta que os tributos pessoais são subjetivos, regulados por alguns critérios que levam em consideração a própria individualidade do contribuinte, que influenciam na formação do fato gerador alterando, inclusive, o quanto cabe ser reclamado pelo Fisco.

⁶⁵ SILVA, J. D. J.; GASSEN, V. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. *In*: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

⁶⁶ “São impostos reais aqueles cujo aspecto material da h.i. limita-se a descrever um fato, ou estudo de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja, indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades (...)”. ATALIBA, G. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 125.

⁶⁷ AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

⁶⁸ BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 14ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 918.

Ocorre que, apesar dessa classificação representar uma importante distinção no que se refere a forma de aplicar os impostos, levando ou não em consideração alguns atributos pessoais do contribuinte, deve-se frisar que

atualmente, não mais vigora a classificação doutrinária dos impostos em pessoais e reais, isto é, aqueles que levam em conta os aspectos pessoais do contribuinte na dosagem da carga tributária, e aqueles decretados sob a consideração única da matéria tributável, com total abstração das condições individuais do contribuinte. (...) A toda evidência, a divisão dos impostos em reais e pessoais, segundo a doutrina clássica, já perdeu a rigidez. Só o exame do fato gerador do imposto, em todos os seus aspectos, possibilitará a sua classificação.⁶⁹

Portanto, para que se busque uma maior compreensão da matéria e do que o Poder Judiciário utilizou, ou vem utilizando, como argumentos para negação de progressividade sobre os tributos reais é importante frisar essa dificuldade de aplicação de um tributo sem que haja uma avaliação mais detida das características pessoais do contribuinte, uma vez que esta avaliação está intimamente relacionada com o respeito ao princípio da capacidade contributiva.

1.3. O LIBERTALISMO VULGAR E OS DIREITOS PÓS TRIBUTÁRIOS

O que foi até agora tratado demonstra a importância de se observar que as escolhas realizadas na definição da matriz tributária brasileira trazem aspectos fundamentais para a compreensão não só do fenômeno tributário em si, mas também para que se compreenda que a realidade socioeconômica brasileira é resultado direto dessas opções.

Estes dois pontos finais do primeiro capítulo visam trazer uma crítica àquelas posições teóricas que observam os direitos individuais como fenômenos desvinculados da tributação nas democracias modernas, posição esta que cria diversas consequências na forma que a sociedade lida com as funções da tributação e com a relação que a matriz tributária de um país tem com a garantia dos próprios direitos individuais.

1.3.1. Direitos como fenômenos pós tributários e o processo de naturalização das convenções

⁶⁹ HARADA, K. **Comentário acerca das decisões do STF sobre a natureza real do IPTU e do ITBI a impedir a progressividade fiscal**. 1999. Disponível em [<https://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/filosofia-do-direito/851-breve-comentario-acerca-das-decisoes-do-stf-sobre-a-natureza-real-do-iptu-e-o-itbi-a-impedir-a-progressividade-fiscal>]. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

Tendo em vista os conceitos e problematizações trazidos nos pontos anteriores do trabalho, cabe apontar que se parte da noção de que a propriedade é um direito pós-tributário, ou seja, nega-se, portanto, que a tributação é, necessariamente, uma violação ao direito de propriedade, como se este fosse um direito natural e absoluto de todo ser humano.

Utiliza-se, entretanto, uma perspectiva de que a criação do direito de propriedade, bem como dos outros direitos individuais, se deve as convenções realizadas em determinado momento histórico, em uma sociedade que depende de forma substancial da tributação para gerir o sistema que garante a efetivação dos direitos, incluído aí o próprio direito à propriedade.

Busca-se, portanto, enfrentar posições libertárias que acabam por considerar natural aquilo que, de fato, foi acordado entre determinadas pessoas em um certo momento histórico⁷⁰, e sob esse prisma, deve-se compreender que os direitos, incluído dentre eles o direito de propriedade, são decorrentes de uma construção convencional localizada em um determinado momento específico.

Por esse motivo se assinala a importância de, ao avaliar as normas ou os direitos convencionados, não cometer o equívoco de justificar os mesmos utilizando argumentos que não passam de meros efeitos psicológicos da interiorização das convenções⁷¹, uma vez que

A natureza convencional da propriedade é ao mesmo tempo perfeitamente óbvia e fácil de ser esquecida. Todos nós nascemos no contexto de um sistema jurídico minuciosamente estruturado que rege a aquisição, o intercâmbio e a transmissão dos direitos de propriedade; por isso, a propriedade ou a posse pessoal de bens materiais nos parece ser a coisa mais natural do mundo.⁷²

Observa-se, com isso, que se tem por natural determinados comportamentos, ou ainda a existência de determinadas instituições, que se arrastam por um período considerável de tempo, fazendo com que aquilo que se convencionou em determinado período histórico sobre o comportamento humano, sobre a criação de direitos, ou ainda do entendimento de mundo como horizonte cognitivo, passa a ter um caráter perene,

⁷⁰ Nesse sentido cabe a referência a seguinte passagem da obra **As veias abertas da América Latina** que é bem elucidativa quando aponta a falsa crença que: “(...) a lei da selva é o código que naturalmente rege a vida humana, e a injustiça não existe, pois aquilo que conhecemos por injustiça não é senão a expressão da cruel harmonia do universo: os países pobres são pobres porque... são pobres; o destino está escrito nos astros e só nascemos para cumpri-lo: uns condenados a obedecer; outros, distinguidos para mandar”. *In*: GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 309.

⁷¹ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 12.

⁷² *Ibidem*. p. 11.

fazendo com que essas convenções sejam observadas não mais como convenções que são, mas sim como institutos pertencentes ao mundo dos homens desde sempre, inerentes a própria condição e natureza humana⁷³.

Nesse sentido, percebe-se que essa tentativa de naturalização daquilo que foi convencionalizado nada mais é do que um processo de legitimação pelo argumento histórico falho de que sempre foi assim e sempre será, inclusive no que se refere ao direito de propriedade que é, no mínimo, em considerável medida, convencional, uma vez que são perceptíveis na história as mudanças de compreensão acerca da apropriação de bens pelo homem.

Partir-se-á, portanto, do pressuposto basilar de que o fenômeno tributário é aquilo que garante aos indivíduos a própria possibilidade de uso e gozo dos direitos individuais, uma vez que, sem o fruto da arrecadação tributária os Estados não teriam os meios materiais necessários para garantir esses direitos.

Observa-se que as pessoas não possuem nenhum tipo de direito sobre a renda que acumulam antes do pagamento dos tributos, uma vez que não se pode avaliar a legitimidade dos impostos tomando como critério a renda pré-tributária, mas sim avaliar a legitimidade da renda pós-tributária a partir da noção de legitimidade do sistema político e econômico que possibilita a própria renda.⁷⁴

Assim, há que se notar que os direitos individuais, por si só, nada significam e devem ser vistos na perspectiva das relações concretas entre cidadãos situados historicamente, sendo necessário que haja uma garantia que os proteja e, para isso, deverá ser usado o aparato estatal e sua força legal para lhes dar efetividade.

Para melhor ilustrar esse entendimento cabe a lembrança da obra “Leviatã” de Thomas Hobbes em que se entende que sem o Estado estaríamos em um estado de natureza, em que o homem, na condição de lobo do homem, impediria a existência de direitos, e só com a existência do Estado é que poderíamos falar em estado civil, e, conseqüentemente, na existência de direitos.⁷⁵

⁷³ A título de exemplo histórico acerca de como se assume por natural questões convencionais e estas se tornam imperceptíveis na leitura que se faz de determinada situação ou de determinados fatos é a posição de Aristóteles no tocante as relações familiares: “Reconhecemos três partes na administração da família: a autoridade do senhor, da qual já falamos, a do pai e do esposo. Esta última autoridade se impõe sobre a mulher e os filhos, porém aquela e estes considerados como livres. E não se exerce de um modo único. Para a mulher é um poder político ou civil, e para os filhos um poder real. Naturalmente o homem é mais destinado a mandar que a mulher (excluído, é claro, as exceções contra a natureza), como o ser mais velho e perfeito deve ter autoridade sobre o ser incompleto e mais jovem”. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Edíouro, s/d, p. 23

⁷⁴ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 46.

⁷⁵ HOBBS, T. **O Leviatã**. São Paulo: Abril, 1984.

Sobre esse aspecto a obra “*The cost of rights: Why liberty depends on taxes*”, de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, indica de forma bastante contundente e alegórica que os direitos fundamentais, quando não são apoiados pela força legal do Estado, são desdentados por definição.⁷⁶

Por mais simples e óbvio que pareça esse raciocínio, é de suma importância que se avalie a tributação em uma sociedade a partir da estrutura do sistema de direitos disponível à população, uma vez que a existência deste sistema depende, entre outras coisas, das escolhas legislativas – ou judiciárias, no espectro da judicialização da política que trataremos mais a frente – que se faz no que tange a matriz tributária brasileira.

Além de se perceber a importância dos tributos na garantia e manutenção dos direitos, deve-se frisar que essa dependência dos direitos em relação aos valores arrecadados pelo Estado não diz respeito apenas àqueles direitos positivos, que representam uma prestação do Estado para os cidadãos, como por exemplo o direito à saúde, à educação ou qualquer outra prestação de serviços públicos.

Essa relação entre os direitos e o orçamento necessário para a sua manutenção inclui, também, aqueles considerados direitos negativos, uma vez que eles requerem não apenas a inação estatal para a sua garantia, mas exigem que o Estado mantenha uma complexa rede dentro do sistema jurídico que visa a sua manutenção, tendo em vista que “todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando for necessário”⁷⁷.

Nesse sentido que Sunstein e Holmes apresentam a ideia de que o que atualmente há uma falsa dicotomia entre direitos negativos e positivos, que na verdade todos os direitos são positivos, uma vez que qualquer direito que possa ser passível de alguma forma de imposição jurídica (ou seja, praticamente todos) acaba exigindo uma atuação positiva estatal e, por consequência, acaba gerando um custo orçamentário.⁷⁸

⁷⁶ No original: “*When they are not backed by legal force, by contrast, moral rights are toothless by definition*”. HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. ***The cost of rights: Why liberty depends on taxes***. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 17.

⁷⁷ HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 31.

⁷⁸ “Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente. Para dizê-lo de outra maneira, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recurso à fazenda pública.” In: HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 30.

Com isso, a postura que se pretende adotar no presente trabalho traz a ideia de que “não existe mercado sem governo e não existe governo sem impostos; o tipo de mercado existente depende de leis e decisões políticas que o governo tem de fazer e tomar”⁷⁹ e, nesse sentido, Murphy e Nagel afirmam que

(...) é logicamente impossível que as pessoas tenham algum tipo de direito sobre a renda que acumulam antes de pagar impostos. Só podem ter direito ao que lhes sobra depois de pagar os impostos sob um sistema legítimo, sustentado por uma tributação legítima – **e isso demonstra que não podemos avaliar a legitimidade dos impostos tomando como critério a renda pré-tributária. Pelo contrário, temos que avaliar a legitimidade da renda pós-tributária tomando como critério a legitimidade do sistema político e econômico que a gera, o qual inclui os impostos, que são aliás uma parte essencial desse sistema.** A ordem lógica de prioridade entre os impostos e os direitos de propriedade é inversa à ordem suposta pelo libertarismo.⁸⁰ (Grifo nosso)

É fundamental que se perceba, também, que essa relação já era descrita pelos iluministas David Hume e Jeremy Bentham. Sendo que Hume trazia a ideia de que a propriedade privada é concedida aos particulares, mas é mantida pela autoridade pública as custas do orçamento público, enquanto Bentham afirmava que “a propriedade e o direito nascem juntos e morrem juntos. Antes de haver leis, não havia propriedade; tirando-se as leis, toda propriedade deixa de existir”.⁸¹

Com isso, deve-se observar o fenômeno tributário não como uma necessária invasão estatal ao patrimônio privado, ou aos direitos individuais do cidadão, mas sim sob uma perspectiva de que este é o meio necessário para que os Estados criem condições para garantir os direitos fundamentais, bem como para manutenção da vida em sociedade, uma vez que sem os recursos provenientes da arrecadação tributária não há de se falar em uma sociedade que respeite e que garanta os direitos individuais.

Portanto, afirmar que a instituição de tributos, por parte do Estado, é uma ameaça ao direito de propriedade, na condição de direito fundamental, e ainda absoluto, é, de certa forma, pensar contra a própria lógica, uma vez que um dos principais fins da atividade financeira do Estado, por intermédio da instituição e cobrança de tributos, é a própria garantia da propriedade privada e dos demais direitos individuais dos cidadãos.

⁷⁹ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 46.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 46.

⁸¹ HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. pp. 45 e 46.

1.3.2. Crítica às teorias do libertarismo vulgar

Partindo das premissas apresentadas no ponto anterior deste capítulo parte-se, agora, para uma análise dos argumentos que este trabalho visa contestar, ou seja, este derradeiro ponto do primeiro capítulo será dedicado a analisar as correntes teóricas denominadas de libertarismo fiscal, expressão proposta por Marciano Seabra de Godoi⁸², para fazer referência às ideias libertárias utilizadas tanto no fenômeno da tributação, quanto nos gastos públicos.

Contrariando o que foi até aqui exposto, de que os tributos seriam os instrumentos necessários para que os Estados possam garantir os direitos individuais dos cidadãos, entre eles o direito à propriedade privada, a posição libertária observa a tributação como uma mera sanção, uma invasão do Estado ao patrimônio privado do cidadão, perspectiva que fica transparente com a célebre frase que aponta que os tributos são “apenas um fantástico instrumento de domínio, por parte dos governantes”⁸³, escrita por Ives Gandra da Silva Martins.

Nesse sentido, a obra “Teoria da Imposição Tributária” de Martins trouxe reflexões que auxiliam na compreensão de como essa corrente teórica observa o fenômeno tributário e de como essa narrativa ainda está presente, mesmo que de forma implícita, em boa parte da doutrina que trata do direito tributário, como se verifica nas palavras de Godoi:

(...) não raro, os estudos de direito tributário fazem afirmações ou se baseiam em premissas essencialmente empíricas sobre a atividade financeira do Estado, mas não possuem qualquer informação ou base empírica para tanto; por força de sua exaustiva divulgação e defesa pelos meios de comunicação tradicionais (televisão, revistas e jornais de grande circulação), a ideologia do libertarismo fiscal parece estar se incorporando ao senso comum dos brasileiros, especialmente daqueles cidadãos que, por acompanharem regularmente as notícias e análises divulgadas em meio impresso e ou na televisão, se julgam os mais bem informados do país.⁸⁴

Inicialmente cabe apontar que os libertários partem do pressuposto de que as leis da natureza são aquelas que determinam, em certa parte, o modo de atuação dos indivíduos em sociedade, fazendo com que o Estado seja observado por uma perspectiva

⁸² GODOI, M. S. de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n.5, 2017.

⁸³ MARTINS, I. G. D. S. Uma teoria do tributo. In: MARTINS, I. G. D. S. (Org.). **O Tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁸⁴ GODOI, M. S. de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n.5, 2017. p. 3

de agente que restringe as liberdades individuais e limita o indivíduo na sua busca por uma maior liberdade, como se observa no seguinte trecho de Martins:

Na medida em que o legislador tiver como preocupação fundamental a adequação das leis positivas às leis naturais, nessa medida estará fazendo um direito estável e transformando a Ciência Jurídica em ciência tão exata quanto as ciências exatas conhecidas.

A crise do direito não está senão nesta perspectiva, isto é, quanto mais o direito positivo se afasta do direito natural, tanto mais aguda se torna a crise, por regular a vida em sociedade contra os fins existenciais do homem.⁸⁵

Relacionando o que foi tratado no ponto anterior, acerca da naturalização das convenções, com a visão trazida pelos libertários acerca das leis naturais, pode-se observar que há uma tendência humana de que com o passar do tempo algum costume, que foi convencionado em um determinado momento histórico, “adquire a aparência de normas da natureza: seu caráter convencional se torna invisível. É por esse motivo, entre outros, que elas têm tanta força – uma força que não teriam se não fossem a tal ponto interiorizadas pelas pessoas”⁸⁶.

Essa perspectiva, fazendo uma analogia a célebre frase de Jean-Paul Sartre, traz a noção de que o Estado é os outros, não reconhecendo que as necessidades do Estado coincidem, na maior parte das vezes, com as necessidades da população e dos indivíduos que compõem a sociedade civil.

Os argumentos utilizados pelos libertários são no sentido de que a tributação deve ser reduzida ao menor patamar possível por representar os interesses privados daqueles que detém o poder em uma sociedade, mesmo que se esteja tratando de financiamento de políticas que são claramente de interesse público.

Não se pretende aqui fazer uma defesa irrestrita do poder estatal que por vezes atua de forma ineficaz e se corrompe na busca pela satisfação de interesses privados em detrimento do interesse público. Ocorre que não se pode jogar a água do banho com o bebê dentro, ou seja, a construção de um imaginário em que tudo que o Estado faz é prejudicar o indivíduo acaba criando um ambiente em que toda e qualquer forma de tributação já seja considerada injusta em seu nascimento.⁸⁷

⁸⁵ MARTINS, I. G. da S. Teoria da imposição tributária. 2 ed. São Paulo: LTr Editora. p. 46.

⁸⁶ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 12.

⁸⁷ Sobre este aspecto deve-se lembrar das palavras de Godoi: “É certo que neste processo intervém a figura do Estado e sua máquina não raro inchada, ineficiente e corrupta. Também é certo que não se deve esquecer as destinações frequentemente ilegítimas (palácios de justiça suntuosos, miríades de cargos em comissão nos três poderes) que o próprio orçamento dá às receitas públicas. Mas seria exato dizer que, conforme nossa Constituição, a contribuição de seguridade social recolhida por empregados e empregadores sobre a folha de salários se destina a custear as atividades “do Estado”? Não seria mais preciso afirmar que o valor

Sob este aspecto Murphy e Nagel trazem a expressão libertarismo vulgar, como sendo “uma versão confusa ou disfarçada do verdadeiro libertarismo”⁸⁸, caracterizado por um conjunto de pressupostos tácitos, que não são submetidos a reflexão crítica, que coloca os direitos individuais, principalmente o de propriedade, em um patamar absoluto, como se não dependesse do sistema jurídico existente para sua definição e sua garantia.⁸⁹

A crítica, trazida pelos referidos autores, se dá justamente na percepção que “os impostos são um elemento absolutamente essencial desse sistema, a ideia de um direito natural à propriedade da renda pré-tributária – renda que nem sequer existiria sem o governo sustentado pelos impostos – simplesmente não tem sentido”, ainda mais quando se observa que o libertarismo vulgar vincula ao fenômeno fiscal e tributário a questão do merecimento, como se observa no seguinte trecho:

Não obstante, a ideia confusa de que a renda líquida é o que nos sobra depois de o governo tomar algo que na verdade nos pertence ajuda a explicar a convicção de que a distribuição pré-tributária do bem-estar material é supostamente justa (como poderia ser injusta uma distribuição que dá às pessoas exatamente aquilo que elas têm um direito moral?) e que, portanto, a questão da justiça tributária se resume propriamente à determinação de qual seria a justa distribuição dos sacrifícios, avaliados sempre a partir dessa base.

(...)

Em certa medida, os retornos do mercado são afetados pelo esforço da pessoa e por sua disposição a arriscar-se. Sendo assim, aos que trabalham duro e são mais ricos pode parecer absurda a ideia de que eles não merecem receber mais do que outros que talvez sejam preguiçosos e medrosos.⁹⁰

Essa perspectiva, apontam os autores, acaba criando uma noção de que os cidadãos têm o direito moral absoluto sobre os valores que recebem do mercado, como uma forma de recompensa merecida pelos seus esforços e mesmo que haja uma política tributária que busque uma maior distribuição de riquezas e uma maior igualdade entre os contribuintes, essas políticas são observadas, pelas lentes do libertarismo vulgar, como “gestos de generosidade que não poem em xeque os pressupostos básicos da justiça

arrecadado se destina ao pagamento de aposentadorias e pensões aos segurados do INSS? É esclarecedor descrever os salários pagos aos professores da rede pública e aos policiais militares como simples “despesas com o custeio da máquina estatal”? Não seria mais exato descrever tais despesas como recursos (oriundos dos tributos) diretamente relacionados à eficácia dos direitos dos cidadãos à educação e à segurança pública?” GODOI, M. S. de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n.5, 2017. p. 4.

⁸⁸ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 51.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 49 e 50.

distributiva (...) o libertarismo vulgar desvirtua o debate público acerca da política tributária e da justiça distributiva”.⁹¹

O desvirtuamento que Murphy e Nagel tratam é, também, apontado por Godoi como um problema a ser combatido, uma vez que essas correntes libertárias creem que o tributo seja uma subtração tolerável dos direitos legítimos do cidadão, mas que não são justificáveis, quando verificados os argumentos de justiça, uma vez que converte um recurso que seria útil e produtivo na mão do cidadão em algo inútil e improdutivo quando incorporado pelo Estado.⁹²

Essa perspectiva trazida pelos libertários em muito se distancia, inclusive, das teorias liberais que sustentam o sistema capitalista, conforme apontado por Godoi na seguinte passagem:

A postura libertarista até hoje não percebeu o que Adam Smith intuiu ainda no século XVIII: que o imposto que anualmente retira 10% da renda e 1% do patrimônio do indivíduo é o que garante a existência de juízes, policiais, cassetetes, fuzis, cárceres e carcereiros que, ao fim e ao cabo, são os responsáveis por garantir a incolumidade daquela renda e daquele patrimônio que remanesceram com o contribuinte.⁹³

Observa-se, nesse sentido, que mesmo que se considere um Estado enxuto e que esteja preocupado apenas com a proteção dos direitos individuais ligados a liberdade, é necessário que a tributação seja analisada como um instrumento essencial para garantir que o Estado tenha condições materiais de manter o respeito a esses direitos, e não simplesmente a perspectiva adotada pelos libertários, como exemplo cita-se este trecho da obra de Martins:

(...) sendo, para mim, a norma tributária norma de rejeição social, pois em todos os espaços geográficos e períodos históricos os governos cobram mais que o necessário dos cidadãos para tornar o Estado, em parte, prestador de serviços públicos e, em parte, propiciador de toda a espécie de benesses para os detentores do poder (políticos, burocratas e amigos), luta o contribuinte, permanentemente, contra o excesso da exação, que sabe desmedida.⁹⁴

Cabe, entretanto, ter como base de análise o fato de que a Constituição Federal brasileira de 1988 passa longe de ser uma carta que pregue por uma menor intervenção estatal, ou, ainda, que coloque os interesses privados acima dos interesses

⁹¹ *Ibidem.* p. 50.

⁹² GODOI, M. S. de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n.5, 2017. p. 5.

⁹³ *Ibidem.* p. 6.

⁹⁴ MARTINS, I. G. da S. Uma Teoria do Tributo, In: MARTINS, I. G. da S. (Coord.). **O Tributo – Reflexão Multidisciplinar sobre sua Natureza**, Rio: Forense, 2007. p. 89.

públicos, muito pelo contrário, a Constituição de 1988 traz em seu texto normas programáticas que visam, sobretudo, atingir os objetivos da República elencados no seu art. 3º.

Há a utilização, portanto, das finanças públicas para que seja alcançado o cumprimento dos referidos objetivos e isso é verificado em diversos outros pontos da Constituição, como, por exemplo, os arts. 159 e 161 que preveem a prioridade de regiões menos desenvolvidas no recebimento de recursos federais para a promoção do equilíbrio socioeconômico e como o art. 145 que traz o princípio da capacidade econômica e da personalização dos impostos como princípios gerais do sistema tributário (princípio esse que será melhor tratado no terceiro capítulo deste trabalho).

Nesse sentido, mesmo que se concordasse com os pressupostos do libertarismo fiscal, o que este trabalho insiste em apontar como equivocados, haveria um sério problema de coordenação dessas teorias com a nossa realidade constitucional, uma vez que a promulgação da Constituição de 1988 trouxe uma ideia de um Estado Social Fiscal que em nada se coaduna com as teorias libertárias.

Sob este aspecto, portanto, que é importante frisar a posição adotada no presente trabalho, uma vez que se compreende que os direitos, sendo garantias pós tributárias, no sentido de que só podem ser garantidos após a efetiva cobrança de tributos, são garantidos pelo Estado por meio da arrecadação de tributos. Fazendo com que se observe que as necessidades do Estado são, de fato, as necessidades da população em geral e dos indivíduos que compõem a sociedade civil, não se limitando à crença de que os tributos atendem aos interesses privados daqueles que detém o poder, como foi visto há algumas linhas.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

“Manter uma constituição democrática significa prestar atenção aos fenômenos políticos que a cercam, como a influência da riqueza e outras formas de poder social e econômico, para garantir que a igualdade política definitiva da democracia permaneça uma realidade para todos os membros da sociedade e não apenas uma decoração ideológica.”⁹⁵ (Tradução livre)

⁹⁵ No original: “*Maintaining a democratic constitution means paying attention to the surrounding phenomena of politics such as the influence of wealth and other forms of social and economic power to ensure that the political equality definitive of democracy remains a reality for all members of the society*”

Tendo em vista o exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, parte-se para o segundo buscando compreender alguns pontos importantes. Em um primeiro momento, busca-se tratar acerca do papel do constitucionalismo nas democracias modernas, de modo a analisar o desenvolvimento das instituições responsáveis tanto pela representação política, quanto pelo controle dos atos das maiorias.

Posteriormente, buscar-se-á tratar do fenômeno da judicialização da política, trazendo alguns conceitos importantes para a sua compreensão e analisando quais seriam as molas propulsoras dessa judicialização, bem como apresentar algumas consequências que atingem as democracias quando há uma transferência de competências entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Por fim, este capítulo encerrará tratando da classificação feita por Cass Sunstein em que o autor observa que as decisões da Suprema Corte estadunidense podem ser encaixadas dentro de quatro perfis específicos.

Esses perfis demonstram a percepção dos juízes acerca da deferência – ou não – que o Poder Judiciário deve ter para com o Poder Legislativo, assinalando, ainda, algumas características do minimalismo judicial, proposto pelo autor, de forma a avaliar sua importância quando aplicado em uma democracia deliberativa.

2.1. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Neste primeiro ponto do segundo capítulo tratar-se-á de algumas questões fundamentais para a compreensão do objeto do presente trabalho, uma vez que para que se compreenda a relevância da interferência do Poder Judiciário na definição de alíquotas tributárias, que são competência dos órgãos políticos, é fundamental que se trate da construção do Estado democrático de Direito, do instituto da separação dos poderes e se busque uma compreensão acerca da carência, ou não, de legitimidade democrática do Poder Judiciário quando se trata de questões políticas.

2.1.1. Breves considerações acerca da democracia e do Estado de Direito

Dentre todas as invenções humanas pode-se apontar, seguramente, que as sociedades organizadas em um regime democrático compõem um dos fenômenos mais complexos na história da humanidade, uma vez que reunir indivíduos com as mais

and not just an ideological decoration". WALDRON, J. *Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 37.

diversas pluralidades de interesses e de características em torno de uma formulação abstrata de nação requer uma engenhosidade ímpar.

Sob este aspecto que se dá a importância de trazer algumas reflexões sobre os conceitos que cercam os regimes democráticos, inclusive para que se possa compreender de forma mais ampla os temas que serão tratados nos próximos pontos do trabalho, como a tripartição dos poderes e a possível carência democrática do Poder Judiciário quando decide sobre questões políticas.

É fundamental que se observe, entretanto, que o presente trabalho não tem a pretensão de realizar uma descrição da origem e do desenvolvimento do modelo democrático, mas sim apontar algumas características e desenvolver alguns contrapontos que auxiliem na melhor compreensão do papel do Poder Judiciário em uma democracia como a brasileira e do fenômeno da judicialização da política.

Inicialmente deve-se apontar que com o desenvolvimento das sociedades democráticas os Estados passaram a ter dimensões e complexidades cada vez maiores, se distanciando, conforme aponta Bobbio, cada vez mais dos ideais da democracia grega, onde se praticava algo muito próximo de uma democracia direta em pequenas cidades e vilarejos.⁹⁶

Nesse sentido, as concepções teóricas e práticas políticas da antiga cultura grega, bem como da romana, foram resgatadas durante o movimento histórico denominado de iluminismo, entre o século XVII e XVIII, especialmente na Europa, para que fosse superado o denominado *ancien regime*, de forma a instaurar um novo modelo de Estado inspirado nas referidas correntes filosóficas, fazendo com que a democracia passasse a substituir o modelo aristocrático que até então dominava a maior parte dos países ocidentais.

Com isso, tendo em vista esse aumento de complexidade social, passou-se a adotar alguns instrumentos para que fossem supridas as dificuldades trazidas pelos grandes centros e, nesse contexto, que se dá a questão do sistema representativo em que os cidadãos transferem aos seus representantes o poder de governar em nome de todo o

⁹⁶ “(...) nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do Federalista contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado”. BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999. p. 32.

Neste sentido Hamilton aponta que: “*It is impossible to read the history of the petty republics of Greece and Italy without feeling sensations of horror and disgust at the distractions with which they were continually agitated, and at the rapid succession of revolutions by which they were kept in a state of perpetual vibration between the extremes of tyranny and anarchy*”. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 44.

povo, fazendo com que a vontade da maioria fosse a legitimação deste novo Estado democrático.⁹⁷

Isso ocorre, especialmente, sob o ponto de vista de que a legitimidade do poder estatal deixou de ser ligada a uma ordem natural, com vínculos à tradição e à religião, e passou a ser tida como resultado exclusivo da ação humana⁹⁸, fazendo com que autores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, entre tantos outros, passassem a afirmar que para que o poder estatal fosse legítimo ele deveria estar relacionado com alguma forma de consentimento popular, ou seja, os indivíduos delegam aos seus representantes o poder por meio de um contrato social.⁹⁹

Essa perspectiva ligada a uma ideia de contrato social acaba se relacionando com o estabelecimento de limites, direitos e garantias definidos em uma constituição escrita, e tendo como fundamento básico os fatores reais de poder, em busca de um modelo que servisse, segundo Kelsen, de instrumento de coordenação política para diminuir os autoritarismos e tiranias.¹⁰⁰

Esta mudança de paradigma, juntamente com a submissão do Estado ao direito, pode ser identificada como o marco fundador do constitucionalismo moderno, entendendo o constitucionalismo como um movimento político e jurídico que tem como objetivo instaurar regimes constitucionais, fazendo com que os poderes sejam limitados e submetidos a constituições escritas.¹⁰¹

Sob este aspecto, apontam Mendes e Branco, os postulados liberais que inspiraram as revoluções burguesas, e também os movimentos iluministas, fizeram surgir “os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor

⁹⁷ “Em outras palavras, um Estado representativo é um Estado no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, importando pouco se os órgãos de decisão são o parlamento, a Presidência da República, o parlamento mais os conselhos regionais etc.” *In*: BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 14ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 74.

⁹⁸ “O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos”. *In*: BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999. p. 15.

⁹⁹ Acerca dessa perspectiva do contrato social, verificar as obras: HOBBS, T. **O Leviatã**. São Paulo: Abril, 1984; LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

¹⁰⁰ “Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal”. *In*: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 131.

¹⁰¹ VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 79.

das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana”.¹⁰²

Tendo em vista essa complexa alteração social que os regimes democráticos trouxeram, a busca pela liberdade e igualdade dos indivíduos guiou o desenvolvimento dos ideais democráticos nos Estados ocidentais, criando o que se denomina de Estado de Direito em que não só os cidadãos passam a ser submetidos ao império das leis, mas também o próprio Estado passa a dever respeito a estas normas que emulam a vontade popular.

O autor Cass Sunstein, na sua obra “*Legal reasoning and political conflict*”, traz uma lista de seis requisitos que ele acredita serem essenciais para que se considere que o Estado de Direito esteja, de fato, sendo respeitado em alguma sociedade, e quais as suas implicações, sendo eles¹⁰³:

- i) Que as regras sejam previamente formuladas, claras, gerais e acessíveis ao público;
- ii) Que as regras não retroajam, busquem sempre atingir fatos e ações futuros;
- iii) Que haja uma conformidade entre as leis que são promulgadas com as leis do mundo real;
- iv) Que exista o respeito ao contraditório, ampla defesa e o duplo grau de jurisdição;
- v) Que haja a separação do órgão legislador daquele responsável por aplicar a lei;
- vi) Que se observe o maior respeito possível à segurança jurídica, evitando qualquer alteração muito rápida no conteúdo do direito.

Nesse sentido, que se observa que as implicações do Estado de Direito, trazidas por Sunstein, definem algumas características necessárias para que o regime democrático possa manter a sua funcionalidade e representar os anseios das maiorias, por meio dos representantes eleitos popularmente.

¹⁰² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9º ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

¹⁰³ “It is possible to identify several characteristics. Many of them are connected with the traditional view, signaled by many representations of the goddess herself, that justice is blindfolded. This is a vivid and puzzling metaphor. The solution to the puzzle lies in determining what the blindness of justice represents. Here, then, is a capsule account of what the rule of law entails”. In: SUNSTEIN, C. R. **Legal reasoning and political conflict**. 2º ed. Oxford University Press, 2018. p. 120 a 123.

Observando que esses instrumentos de contenção de poder são criados pelas próprias pessoas a serem controladas e isso não pode ser visto como um controle que vem de fora para dentro, mas sim, como indica Waldron, um controle que é produto da própria soberania popular, como se verifica na seguinte passagem:

Uma constituição pode ser concebida como um conjunto de restrições, mas é importante - para vários propósitos - que essas restrições sejam entendidas como restrições que, em certo sentido, impusemos a nós mesmos em vez de nos imporem de fora.

Então, por exemplo, nos Estados Unidos, dizemos que a Constituição é um produto da soberania popular - “Nós, o Povo ... ordena e estabelece esta Constituição” - e seu poder restritivo depende disso. (Tradução livre)¹⁰⁴

Observa-se, com isso, que um Estado de Direito democrático deve criar mecanismos e instituições com o objetivo de garantir alguns padrões que, no fim das contas, preserve a liberdade dos cidadãos de decidir por seu próprio futuro.

Frisa-se aqui o quinto ponto trazido por Sunstein, uma vez que o presente trabalho se deterá nas próximas páginas na questão relacionada as competências legislativas e as competências judiciárias.

Esse processo transformador que passaram as sociedades nos últimos séculos repercutiu de forma direta na relação entre o Estado e os cidadãos, não só sob a perspectiva já trabalhada no primeiro capítulo, no que tange a cisão do Estado e da propriedade privada, mas também do desenvolvimento de desenhos institucionais que permitam que o regime democrático atinja seu fim maior, qual seja de dar voz em igualdade de condições aos mais diversos cidadãos.

Nesse sentido, esse modelo representativo de democracia¹⁰⁵, por um lado soluciona diversas dificuldades, mas por outro cria novos desafios. Dentre eles está a questão do controle sobre os atos praticados pelos representantes políticos que são eleitos

¹⁰⁴ “A constitution may be conceived as a set of constraints, but it is important—for various purposes—that these constraints be understood as constraints that in some sense we have imposed on ourselves rather than had imposed on us from the outside. So, for example, in the United States, we say that the Constitution is a product of popular sovereignty— “We the People ... do ordain and establish this Constitution”—and its constraining power depends on that.” In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 39.

¹⁰⁵ Inclusive aqui cabe frisar que para muitos autores, incluindo Jeremy Waldron e Nadia Urbinati, a representação política é na verdade um salto de qualidade, um aperfeiçoamento, e não um retrocesso se comparado a democracia direta, como se verifica no seguinte trecho: “Like Professor Urbinati, I believe that structures of representation provide processes for judgment formation and for the deliberative engagement of judgments both among the people and among their representatives. In Urbinati’s own words, representation involves a comprehensive filtering, refining, and mediating process of political will formation and expression, shaping ‘the object, style, and procedures of political competition.’” WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 142.

pelas maiorias e, sob este aspecto, se faz necessário traçar algumas reflexões sobre a relação entre o regime democrático e o fenômeno do constitucionalismo como limitador desses anseios majoritários.

Jeremy Waldron aponta, e isso será tratado de forma mais detida no próximo ponto, que quando um constitucionalista pensa na democracia o seu primeiro pensamento é: como podemos prevenir que não degenerem em uma tirania da maioria? Quais instrumentos estão disponíveis, quais movimentos podem ser feitos, para limitar o excesso tirânico que as democracias estão contaminadas?¹⁰⁶

Entre outros reflexos, a análise destes questionamentos traz consigo o exemplo daquilo que Adrian Vermeule chama de dilema do discurso antidemocrático, ou seja,

(...) o dilema liberal clássico se dá no sentido de que o liberalismo requer tolerância aos intolerantes. No longo prazo, prossegue o argumento, o liberalismo pode se minar ao tolerar o discurso político e a participação de grupos que revogariam as proteções liberais se chegassem ao poder. **Este é um argumento de grande perversidade: as liberdades liberais, pelo menos se pressionadas demais, colocam em risco a própria existência dessas liberdades.**¹⁰⁷ (Tradução livre e grifo nosso)

Entretanto, retomando a ideia de Waldron, os regimes democráticos são muitas vezes tomados por um anseio de controlar as opções legislativas criadas pelos representantes eleitos pelo povo que não se justificam, uma vez que trazem mecanismos que valorizam excessivamente decisões individuais, ou ainda, de pequenos grupos não eleitos em detrimento de decisões majoritárias e democráticas.

Por óbvio que o dilema do discurso liberal é um perigo e porventura maiorias de ocasião podem colocar em risco direitos constitucionalmente assegurados, mas o desenho institucional criado nas democracias modernas parte do pressuposto de que se algo pode dar errado – no sentido de uma democracia virar um governo totalitário – vai dar errado, e isso acaba trazendo um alto custo político.¹⁰⁸

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 36.

¹⁰⁷ No original: “(...) *classic liberal dilemma whether liberalism requires toleration of the intolerant. In the long run, the argument goes, liberalism may undermine itself by tolerating political speech and participation by groups who would repeal liberal protections if they came to power. This is a large-perversity argument: liberal freedoms, at least if pressed too far, put themselves at risk*”. In: VERMEULE, A. *The Constitution of risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 69.

¹⁰⁸ Utiliza-se, nesse sentido, aquilo que Vermeule compreende como constitucionalismo da precaução, em que as democracias e, mais especificamente, as constituições acabam trazendo regras precaucionárias para que se evite qualquer risco de ditadura ou tirania, prevendo que o pior sempre poderá acontecer, como se verifica na seguinte passagem: “*In the strongest form, precautionary constitutionalism encodes a powerful presumption of distrust, holding that if it is possible for officials to abuse their powers, then constitutional rule-makers should act as if those officials will be certain to do so – an approach that focuses strictly on*

Entretanto, o que é fundamental que se perceba é que a construção de um Estado democrático de direito, incluindo aí toda a gama de proteções, direitos, garantias e instituições, deve estar voltada ao seu propósito principal que deve ser dar poder aos cidadãos comuns, incluindo-os nas escolhas e decisões fundamentais do futuro da nação.¹⁰⁹

Esse modo de controle dos atos das maiorias pode se dar de várias formas, mas o que insta apontar aqui é que o regime democrático tem sua legitimidade baseada na perspectiva principal de dar voz aos cidadãos, transferindo a eles a legitimidade das escolhas políticas de um país.

Entretanto, a literatura constitucional, por vezes, nega a tarefa do empoderamento da democracia, e do poder dado aos cidadãos comuns através dos processos representativos, demonstrando que o medo reside, principalmente, naquele perigo da tirania da maioria e não da tirania em geral.¹¹⁰

2.1.2. Breves considerações acerca da separação dos poderes

Tendo em vista a construção teórica e institucional apontada no ponto anterior, é necessário que se observe algumas considerações acerca do instituto da separação dos poderes, como uma forma de compreender melhor o papel do Poder Judiciário, bem como do Legislativo e do Executivo, no desenho institucional, inclusive para que se avalie a questão central do trabalho, que envolve a judicialização da política em matéria tributária.

Inicialmente cabe frisar que, como dito anteriormente, a construção de um Estado democrático de direito é uma tarefa complexa e que a tripartição dos poderes não se resume em uma separação estanque em que cada uma das esferas de poder se encontra hermeticamente fechada e sem contato com as demais, ou seja, há uma permeabilidade

the harm of the worst-case scenario, as opposed to the probability of its occurrence". In: VERMEULE, A. **The Constitution of risk**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 11.

¹⁰⁹ "The constitution of a democracy, by contrast, involves empowering those who would otherwise be powerless, the ordinary people who in most polities are the subjects, not the agents, of political power". In: WALDRON, J. **Political Political Theory. Essays on institutions**. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 37.

¹¹⁰ "One would think that a theory of politics devoted to imposing constraints on the abuse of power would have in its sights all forms of tyranny, all forms of oppression. But again and again in **the constitutionalist literature, one reads that it is the tyranny of the majority that constitutionalism is concerned with checking, not tyranny in general**" (Grifo nosso). In: WALDRON, J. **Political Political Theory. Essays on institutions**. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 38.

possível e necessária entre eles e, nesse sentido, os Poderes da República exercem funções típicas e, também, funções atípicas.

As funções típicas dos três Poderes são facilmente presumíveis, uma vez que, de forma simplificada e ilustrativa, o Poder Legislativo tem competência para legislar, o Poder Judiciário é responsável por julgar, enquanto o Poder Executivo dedica-se a administração e execução da máquina administrativa como um todo.

Entretanto, há que se observar as funções atípicas dos Poderes, de forma que há uma fuga em relação as competências ditas naturais de cada um destes Poderes, ou melhor, há situações previstas constitucionalmente em que cada um dos Poderes invade de forma limitada a esfera do outro Poder, seja o Judiciário atuando de forma administrativa no que compete a organização do seu pessoal e de seus próprios órgãos, seja o Executivo editando decretos, regulamentos e medidas provisórias ou, ainda, seja o Legislativo que por vezes exerce atividades judicante quando se trata de processo de *impeachment*.

Deve-se perceber que essa invasão na competência dos outros Poderes deve ser de forma a não prejudicar o desenho institucional previsto na Constituição Federal e não ferir o núcleo funcional dos outros Poderes, ou seja, nas palavras de Elival da Silva Ramos, “tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente”¹¹¹.

Relacionando esse tema com o ponto anterior, do desenvolvimento do pensamento iluminista na construção do Estado democrático de direito, cabe apontar que desde a Antiguidade havia teorias que apontavam no sentido da tripartição dos Poderes, mas foi apenas com as revoluções liberais do século XVIII que a obra “Do espírito das leis”, de Montesquieu, se tornou fundamental para a engenharia social das democracias modernas.

O autor francês desenvolveu a noção de que não há possibilidade de haver liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo, e que a união desses Poderes em um só órgão acaba por acarretar o arbítrio de poder e a opressão sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.¹¹²

¹¹¹ RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

¹¹² “Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.

Neste contexto, Dallari¹¹³ aponta que a separação dos poderes veio com a intenção de enfraquecer o poder do Estado, como uma função limitadora estabelecida pela Constituição e que a ausência dessa separação impossibilitaria a existência do próprio Estado democrático, uma vez que, segundo seu argumento, se observa que tal desenho institucional é utilizado em constituições de todo o mundo e, portanto, seria uma característica fundamental para as democracias modernas.

Essa perspectiva é adotada pela grande maioria da doutrina constitucional, entretanto cabe apontar que alguns autores observam a tripartição dos poderes como um mecanismo que não se limita a função de controle, ou seja, antes de controlar os atos uns dos outros, os poderes em uma República são divididos para que haja uma maior especialização funcional de um poder específico para aquela função que ele foi criado para desenvolver.

Nesse sentido, Waldron afirma:

Não inventamos uma distinção entre os poderes legislativo, executivo e judiciário para criar entidades que realizem freios e contrapesos umas nas outras. Os “framers” tinham uma “visão de que o poder deve ser dividido e equilibrado criativamente para evitar o uso indevido”, mas essa não era a única visão em jogo (...). **A distinção de poderes (...) nos é dada por uma teoria de governança articulada que distingue essas funções pelo que são, não pelo que podem fazer para controlar umas às outras.** A adjudicação ordinária é diferente de legislar, e a diferença é importante – importante para o estado de direito – e continuaria a ser importante mesmo que o poder judiciário tenha sido concebido como uma forma de limitar as legislaturas.¹¹⁴ (Grifo nosso e tradução livre)

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor”. In: MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168 e 169.

¹¹³ DALLARI, D. D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 218 e 219.

¹¹⁴ No original: “*We did not invent a distinction among legislative, executive, and adjudicative powers in order to establish the existence of entities that could check and balance one another. The Framers may have had a “vision that power should be divided and balanced creatively to prevent misuse,” but that was not the only vision in play (...). The distinction of powers (...) is given to us by a theory of articulated governance that distinguishes these functions for what they are, not what they can do to hold one another in check. Ordinary adjudication is different from legislating, and the difference is important—important, as I will say, for the rule of law—and it would remain important on that ground whether or not judicial power was also conceived as a way of limiting legislatures*”. In: WALDRON, J. **Political Political Theory. Essays on institutions**. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 51.

Observa-se, portanto, que Waldron busca se afastar da ideia de que a tripartição de poderes busca necessariamente, e sobretudo, servir como um instrumento de controle dos atos de cada esfera do governo, inclusive o autor aponta sua suspeita de que a preocupação de Montesquieu estava direcionada não apenas na possibilidade de controle de todos os poderes nas mãos de uma única pessoa – recaindo em uma possível tirania, mas que quando houvesse essa concentração desapareceriam as distinções conceituais entre os três poderes.¹¹⁵

Sob este aspecto, Adrian Vermeule, na obra “*The constitution of risk*”, faz uma crítica substancial aquilo que ele chama de constitucionalismo da precaução e aponta que “federalistas e antifederalistas tinham a mesma visão sobre a separação dos poderes, e outras estruturas de freios e contrapesos, no sentido de que elas era importantes precauções contra o abuso do poder”¹¹⁶ (tradução livre), de forma a criar um desenho institucional específico de precaução para um risco que dificilmente se materializará em algum momento futuro.

Nesse sentido, tendo em vista essa concepção clássica da tripartição de poderes, cabe referência a formulação de Isaac Kofi Medeiros:

O exercício acumulado do poder tende ao governo tirânico, de modo que, para contê-lo, impõe-se a sua divisão dentro de uma estrutura que permita que estes ramos divididos possam exercer freios uns contra os outros. Assim, em não havendo tirania, restará preservada a liberdade individual. **A separação de poderes seria, em sua substância, uma “máquina para impedir usurpações” e evitar o abuso de poder.**¹¹⁷
(Grifo nosso)

Insta observar que historicamente, desde o surgimento das primeiras ideias de separação dos poderes e principalmente a partir da publicação dos artigos de “O Federalista”¹¹⁸, com a consequente promulgação da Constituição estadunidense, a

¹¹⁵ “What’s important, I think, about this image of the failure of the separation of powers is not just that the powers are all in one set of hands; it is that the person who holds them has not even thought to distinguish them”. In: *Ibidem*. p. 59.

¹¹⁶ No original: “(...) Federalists and Antifederalists were united on the view that the separation of powers, and various structures of checks-and-balances, were best justified as precautions against abuse of power”. In: VERMEULE, A. *The Constitution of risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 31.

¹¹⁷ MEDEIROS, I. K. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2020. p. 52.

¹¹⁸ “Pode-se observar, finalmente, que o suposto perigo de usurpações da autoridade legislativa pelo judiciário, reiterado em muitas ocasiões é na realidade um fantasma. De vez em quando poderão ocorrer certos erros de interpretação, ou deturpações da vontade do legislativo, mas nunca de modo tão considerável a ponto de constituir um transtorno ou de afetar em grau sensível a ordem do sistema político. Isto pode ser inferido com segurança da natureza geral do poder judiciário, das finalidades com que se relaciona e do modo como é exercido, da sua fraqueza relativa e de sua total incapacidade de garantir suas usurpações por meio da força”. In: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 496.

principal preocupação que existia é que houvesse uma concentração de poderes – que pudesse resultar em algum tipo de tirania – nas mãos dos membros do Poder Executivo e Legislativo. Pouco se tratava da possibilidade de que o Poder Judiciário assumisse uma posição de relevância ao ponto de usurpar competências dos outros poderes.

O presente trabalho, apesar de compreender essa perspectiva de controle da tripartição dos poderes, por meio de um mecanismo de freios e contrapesos, opta por observar esse instituto com outros olhos, ou seja, a perspectiva precaucionária criticada por Vermeule, faz com que toda e qualquer relação constitucional, inclusive do desenho institucional, seja com base na restrição de poder e isso parece não somente uma visão incompleta, mas que limita o próprio alcance do ideal democrático e pouco auxilia na compreensão dos fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política que são objetos da pesquisa.

Retomando a perspectiva trazida há algumas linhas, deve-se observar a importância da chamada “especialização funcional” de cada um dos Poderes da República, inclusive com as possíveis sobreposições de competências, naquilo que já foi anteriormente referido como um compartilhamento interorgânico das funções típicas dos Poderes, de forma que

(...) a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, predominantemente, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado.¹¹⁹

Compreende-se, com isso, que a distinção dos poderes está relacionada com todos os seus aspectos nucleares, uma vez que cada um deles possui uma dinâmica específica, uma forma de ingresso específica na carreira e, sobretudo, a separação desses poderes deve estar diretamente relacionada com a atividade fim de cada um dos poderes naquilo que eles são competentes para realizar e não pela perspectiva daquilo que eles não podem fazer na sua relação interna de controle.

Como forma de exemplificar esse argumento, de um lado pode-se tomar por base a lógica adversarial que o Poder Judiciário possui, em que as partes estão disputando, via de regra, para saber qual das duas tem razão sobre determinado direito que está sendo discutido, sendo que essas partes buscam o Judiciário, justamente, para que este dê a sua decisão por meio de uma análise técnica e que não esteja suscetível a interferências

¹¹⁹ RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

políticas. O padrão aqui está na polarização dos interesses, sem que haja uma busca pela moderação das opiniões em disputa.

Por outro lado, observa-se que o Poder Legislativo utiliza da lógica da política, com uma característica muito mais plural e com importantes contornos ligados a representatividade, tendo que se esforçar em balancear interesses, em fazer concessões, para que só assim, depois de muito debate e disputa no terreno político se encontre uma forma de acomodar esses interesses, com formulações de normas gerais na busca pela implementação de políticas públicas.

Com isso, observa-se que a clássica visão acerca da tripartição dos poderes, vista por meio das lentes da restrição e da limitação¹²⁰, pode não ser a mais completa avaliação sobre o tema, principalmente no debate do desenho institucional atual, mais do que isso, essa visão pode, acima de tudo, “representar uma precaução contraproducente”¹²¹, uma vez que se a repartição das competências for vista apenas sob a ótica do controle dos atos, acaba-se abrindo espaço para uma maior invasão do Poder Judiciário sobre os outros poderes, uma vez que este possui como finalidade funcional específica avaliar e julgar atos.

Portanto, a estrutura constitucional deve ser encarada como um processo articulado, que visa a deliberação democrática e o acesso das mais diversas pluralidades de pontos de vista, uma vez que os cidadãos, possuindo diferentes valores morais e éticos¹²², têm a tendência de discordar uns dos outros, levando ao entendimento de que a separação dos poderes não pode ser vista com idolatria, como aponta Vermeule¹²³, mas as instituições, e os procedimentos praticados por elas, devem ser pensados de forma a auxiliar na resolução desses desentendimentos.

¹²⁰ “Equally, there is a tendency to think of the formal separation of powers between (say) legislature, executive, and judiciary simply as a way of diluting power and making it harder for it to be exercised. Everything is seen through the lens of restraint and limitation”. In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 35 e 36.

¹²¹ No original: “At a minimum, there are uncertainties on all sides of the issue; under certain conditions, the separation of powers may represent a self-defeating precaution”. In: VERMEULE, A. *The Constitution of risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 66.

¹²² “It is time to lay my own cards on the table. I think institutions are massively important. Exactly because we disagree in our ethical and political aims, we need to inquire into the structures that are to house and refine our disputes and the processes that are to regulate the way we resolve them. I mean the processes by which we (in our millions) resolve disagreements over disparate aims that we severally regard as fundamentally important—without degenerating into fighting driven either by self-interest or worse still by the militias of self-righteousness”. In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 5.

¹²³ VERMEULE, A. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 56 a 86.

2.1.3. A questão da (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário

Pelo exposto até aqui, observa-se que a separação dos poderes é uma das características mais marcantes das democracias modernas, seja pela questão da especialização funcional, que foi tratada há algumas linhas, seja porque os controles realizados entre estes poderes – *checks and balances*¹²⁴ – são o instrumento principal para a operacionalização desta separação.

Cabe, portanto, definir qual é o limite legítimo de interferência que um poder pode ter sobre o outro dentro da estrutura constitucional em um país, seja no exercício das suas funções atípicas, seja visando o controle sobre os demais poderes, sem que isso implique em uma usurpação que possa atingir o núcleo essencial de cada uma das instituições.

Para que se faça essa avaliação deve-se levar em conta questões relacionadas à legitimidade democrática de cada um dos poderes em relação ao seu papel no desenho institucional brasileiro, ou seja, há de se considerar aquilo que prescreve a Constituição Federal de 1988, de forma a avaliar se a atuação, aqui dedicando-se à análise do Poder Judiciário, está dentro dos padrões constitucionalmente estabelecidos ou se há uma usurpação de alguns poderes na atuação da esfera judicial.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal teve suas forças e competências, especialmente políticas, potencializadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e vem assumindo proeminência no cenário político e na mídia nacional¹²⁵, ao ponto de ser árbitro último nos conflitos institucionais e estabelecer, como deverá ser apontado mais a frente nesse trabalho, as políticas públicas inclusive no tocante à definição de características importantes da matriz tributária brasileira.

Cabe mencionar, portanto, que há uma discussão estabelecida no que tange os limites das competências legítimas do Poder Judiciário, tendo aqueles que defendem que a atuação mais responsiva é compatível com os parâmetros democráticos estabelecidos na Constituição Federal, como, por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso que por diversas vezes aponta que o STF possui uma função de corte iluminista

¹²⁴ “The principle of checks and balances—a principle that holds that the exercise of power by any one power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders”. WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 45.

¹²⁵ VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 161 e 162.

no cenário político-jurídico brasileiro, definindo, por meio da discricionariedade judicial, uma vanguarda teórica que potencializaria o processo civilizatório brasileiro.¹²⁶

Barroso¹²⁷, sob esta perspectiva, aponta que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional está baseada em dois principais fundamentos, quais sejam, a proteção dos direitos fundamentais, como um mínimo ético que não pode ser atropelado por deliberações de maiorias políticas e a proteção das regras do jogo democrático, no sentido de manter livres os canais de participação política para todos os cidadãos.

O autor questiona, ainda, acerca da legitimidade e da representatividade do Poder Legislativo, afirmando que este Poder nem sempre é a expressão fiel da vontade da maioria, uma vez que possui um déficit democrático resultado de, entre outras coisas, falhas no sistema eleitoral e partidário, fazendo com que o autointeresse das Casas, e a eventual captura de interesses privados, interfira nas suas opções legislativas no sentido de frustrar o sentimento popular, como se verifica no seguinte trecho:

A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Como dito, o fenômeno é em certa medida universal. (...) No Brasil, por igual, vive-se situação delicada, em que a atividade política desprendeu-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o *déficit* democrático da representação política.¹²⁸

¹²⁶ Trecho de artigo do Ministro Luís Roberto Barroso que bem indica o seu posicionamento acerca do papel do STF: “Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais analisados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, também, um papel representativo. Este papel, que se tornou particularmente relevante no Brasil, tem sido largamente ignorado pela doutrina em geral, que parece não ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos, o papel de vanguarda iluminista. A seguir, uma breve nota sobre cada uma dessas três funções”. BARROSO, L. R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2021. p. 4.

¹²⁷ “A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”. In: BARROSO, L. R.. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. p. 36.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 38.

Em que pese os argumentos trazidos por Barroso, há de se observar que a atuação do Supremo Tribunal Federal deve, primeiramente e principalmente, ser pautada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, apesar dos entendimentos dos Ministros desta Corte e de qualquer doutrina que possa ser condescendente com a postura invasiva que o STF tem adotado, há de haver o respeito às regras do jogo democrático constitucional, principalmente no que tange a cláusula pétreia da separação de poderes, que foram definidas pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987.¹²⁹

Sob este aspecto que se tem verificado que a atuação do STF tem sido substancialmente alterada, mesmo que se entenda que o constituinte concedeu a este Tribunal um dever de assumir uma postura responsiva, isso não pode ser decorrente de um voluntarismo da corte, mas o que se observa é que nas últimas décadas o STF partiu de uma postura omissa, passando por uma deferência aos outros Poderes, avançando à uma maior responsividade até chegar a um momento de sua história em que decisões passaram a ter um caráter considerado usurpador.¹³⁰

Assim, cabe a lembrança de que a essência da crítica ao *judicial review* pode ser observada por dois aspectos, segundo Jeremy Waldron, pelas razões relacionadas ao resultado e pelas razões relacionadas ao processo. No primeiro ponto ele demonstra que submeter as decisões legislativas a um controle do Judiciário e possibilitar que o judiciário realize funções legislativas têm resultados, no mínimo, segundo a sua pesquisa, inconclusivos no que diz respeito à qualidade das decisões.

Já no que tange as razões relacionadas ao processo, Waldron aponta que há um peso significativo a favor dos parlamentos, uma vez que:

O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas ele é evidentemente superior por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário. Os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de

¹²⁹ Sobre este aspecto cabe trazer a seguinte reflexão de Paulo Bonavides acerca do princípio da separação dos poderes: “Competiria pois a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como o das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana”. BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 159.

¹³⁰ VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 79.

sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os juízes.¹³¹

Nesse sentido, apesar de se compreender que o processo legislativo não é livre de falhas e que, de fato, por vezes se vê preso por interesses particulares ou corporativos, impedido de atender aos anseios majoritários da população, deve-se notar que a mesma crítica cabe ao Poder Judiciário, uma vez que não se pode assumir que o Congresso apenas cumpra bem seu papel quando é majoritário e que o STF possa acertar tanto quando decide de forma majoritária quanto quando decide de forma contramajoritária, ou seja: “quando o STF é contramajoritário e contrarrepresentativo, estaria na verdade protegendo direitos fundamentais; quando é majoritário, mas contrarrepresentativo, das duas uma: ou está fazendo prevalecer a ‘verdadeira’ vontade da população, ou está atuando como ‘vanguarda iluminista’”.¹³²

Portanto, essa atuação ativista do Supremo, e de praticamente todo Poder Judiciário, que se dá, entre outras coisas, por intermédio de um discurso chamado de neoconstitucional¹³³, tem sua justificação pautada na defesa dos direitos das minorias e das regras do jogo democrático, só que com o revés de acarretar, conseqüentemente, no enfraquecimento do ideal democrático, que é basilar das sociedades constitucionais modernas.

¹³¹ WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 140.

¹³² ARGULHES, D. W. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 81-105. p. 85.

¹³³ Para Barroso o neoconstitucionalismo é: “um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. In: BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr/jun 2005. 1-42. p. 10 e 11.

Já para Ramos: “Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam). Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade), da qual se pode (e, a meu ver, se deve) discordar, mas não se pode negar a consistência. Vislumbra-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado”. In: RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296 e 297.

Essa forma de se observar o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política assume como verdade que uma corte formada por um número reduzido de juízes, não eleitos pelo voto, seria menos predisposta a tomar decisões que botassem em risco interesses de minorias ou que atacassem os princípios democráticos, o que se demonstra não passar de uma falácia argumentativa que acaba concentrando o poder nas mãos de poucos com a justificativa de se evitar aquilo que se chama de uma tirania da maioria, já tratada em pontos anteriores.

Sob o aspecto deste medo que há de que se instaure uma tirania da maioria, cabe apontar a alegoria criada por Ronald Dworkin acerca do bote salva-vidas, este exemplo ilustra uma situação em que um determinado grupo de pessoas superlota um bote de forma que algumas dessas pessoas deverão ser jogadas ao mar para que as outras sobrevivam. Dworkin compreende que a deliberação majoritária, neste caso, não levaria a um processo decisório justo, uma vez que seriam consideradas questões sentimentais e emocionais que viciariam a escolha.¹³⁴

O paralelo feito pelo autor visa demonstrar que nos processos deliberativos majoritários, como uma eleição para os membros de um parlamento, por exemplo, ocorreria o mesmo tipo de decisão, que estaria viciada por amizades, inimizades, antagonismos e sentimentos que afastariam essa escolha daquela que seria a mais justa ou mais correta, indicando que até mesmo um sorteio seria superior em termos de justiça do que uma deliberação majoritária.

Ocorre que, de fato há inúmeros modos de realizar uma escolha como essa, desde sorteios até avaliações físicas, por exemplo, com o intuito de selecionar aqueles mais predispostos a sobrevivência, mas deve-se atentar que a escolha feita por meio do voto individual, de cada uma das pessoas que estão no bote salva-vidas, é o único meio possível que se assegure que todos os integrantes tenham o mesmo direito e o mesmo peso na escolha do seu destino.

Nesse sentido, cabe apontar o entendimento trazido por Waldron que, em resposta a essas afirmações de Dworkin, aponta que

A decisão não deve ser manipulada com antecedência; deve ser o resultado de um acordo comum entre os membros da comunidade. Também parece apropriado dizer não apenas que a voz de cada pessoa deve ser ouvida no processo de se chegar a um acordo comum, mas também que a voz de cada pessoa deve receber peso. Deve contar, e contar na direção do julgamento ou opinião que essa pessoa formou.

¹³⁴ DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 533-534.

Esta é uma questão de respeito elementar pelas pessoas. Por outro lado, a voz de ninguém deve contar mais do que a de outra pessoa: queremos que cada voz conte, mas conte igualmente, em um acordo comum.¹³⁵
(Tradução livre)

Esse exemplo trazido por Dworkin, e rebatido por Waldron, é essencial para que se perceba a importância da questão da legitimidade democrática, uma vez que mesmo que se considere correto o argumento de Dworkin, no sentido de que um simples sorteio resolveria melhor a questão da justiça da escolha, não elimina a observação de que uma escolha majoritária, que conta com a participação individual de cada um daqueles membros, possui uma maior legitimidade e um menor potencial de ferir o Estado democrático de Direito.

Nesse sentido, Waldron, na já citada obra “*Political Political Theory*”, afirma que o constitucionalismo moderno tem muito pouco comprometimento com a soberania popular, inclusive apontando que constitucionalistas se utilizam dessa expressão para legitimar as limitações impostas às maiorias e recuam dessa mesma lógica quando há qualquer ameaça a autoridade de alguma instituição que não seja “populista”, no sentido de ser representante do povo, como são aquelas do Poder judiciário.¹³⁶

Observa-se, portanto, que a questão do receio da tirania da maioria é utilizada, por vezes, como uma retórica que acaba visando uma diminuição na importância das decisões majoritárias em proveito de decisões menos democráticas, aqui cabendo referência a ideia de Ran Hirschl, de que o processo de constitucionalização pode estar atrelado a estratégias de manutenção da hegemonia de elites econômicas e políticas.¹³⁷

¹³⁵ No original: “*The decision should not be rigged in advance; it should be the upshot of a common settlement among the members of the community. It seems also appropriate to say not only that each person’s voice should be heard in the process of arriving at a common settlement, but also that the voice of each person should be given weight. It should count, and count in the direction of the judgment or opinion that that person has formed. This is a matter of elementary respect for persons. On the other hand, no one’s voice should count for more than anyone else’s: We want each voice to count, but count equally, in a common settlement*”. In: WALDRON, J. *A majority in the lifeboat*. Boston University law review. Vol. 90. p. 1055. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/waldron.pdf>. Acessado em: 8 de dezembro de 2021.

¹³⁶ “*One way or another, we are left with the conclusion that any commitment to popular sovereignty on the part of modern constitutionalists is really rather thin. Constitutionalists will use the language of popular sovereignty when it is useful to legitimize the constraints they propose to place on current majorities. But they will quickly retreat from its logic as soon as it threatens the authority of nonpopulist institutions such as courts, whom they trust with the task of restraining and limiting the popular will*”. In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 43.

¹³⁷ “*Specifically, I suggest that judicial empowerment through constitutionalization is best understood as the product of a strategic interplay between three key groups: threatened political elites, who seek to preserve or enhance their political hegemony by insulating policy making in general, and their policy preferences in particular, from the vicissitudes of democratic politics while they profess support for democracy; economic elites, who view the constitutionalization of rights, specially property, mobility, and occupational rights, as a mean of placing boundaries on government action and promoting a free-market, business-friendly agenda; and judicial elites and national high courts, which seek to enhance their political*

Portanto, ao observar um fenômeno como o da judicialização da política, que trataremos mais detidamente nos próximos pontos, se percebe que há um deslocamento da esfera decisória do âmbito da política, composta pelos representantes eleitos popularmente, para o âmbito judicial em que um grupo pequeno de pessoas acaba tomando as decisões em nome de toda a nação, independente da ausência de legitimidade para tanto.

2.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Foi apresentado na primeira parte deste segundo capítulo algumas considerações importantes acerca do Estado democrático de direito, dos conceitos que circundam o instituto da separação dos poderes e, por fim, tratou-se de uma perspectiva crítica acerca da carência de legitimidade do Poder Judiciário brasileiro no que se refere a tomadas de decisões estritamente políticas.

Neste diapasão busca-se, nesta segunda parte do segundo capítulo, traçar algumas considerações sobre a interpretação constitucional, mais especificamente o que se refere ao fenômeno da judicialização da política, verificando seus conceitos, analisando suas causas e procurando analisar as possíveis consequências dessa forma de transferência da esfera política para a esfera judiciária.

2.2.1. Conceitos de judicialização da política

Para que se alcancem os objetivos que o presente trabalho se propõe é necessário que se faça uma breve diferenciação dos conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Embora ambos sejam fenômenos similares e que representam duas faces de uma mesma moeda, há algumas características que os diferenciam e que se fazem importante notar, dadas as suas repercussões no quadro político institucional brasileiro.

Por um lado, o fenômeno do ativismo judicial está relacionado com uma atuação proativa do julgador, de forma que este utiliza métodos interpretativos visando um aumento de poder para a decisão que pretende tomar, fazendo com que suas decisões atinjam funções típicas dos outros Poderes da República, ou seja, os membros do

influences and international reputation". HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 11 e 12.

Judiciário, com esse tipo de atuação, acabam incidindo em uma “descharacterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.¹³⁸

Sob este aspecto que se nota que o fenômeno do ativismo judicial muitas vezes se relaciona com uma tentativa, por parte do Poder Judiciário, de efetivar aqueles direitos que estão previstos no texto constitucional, o que pode ser considerado um paradoxo, como assinala Cláudia Roesler¹³⁹, uma vez que decisões dessa natureza, que possuem tendências e contornos autoritários, são utilizadas como instrumentos que afirmam direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse sentido, uma característica que se observa em decisões consideradas ativistas é o fato de que os julgadores utilizam um “léxico jurídico difuso”¹⁴⁰, baseado na utilização de princípios, ou ainda de normas de textura aberta em detrimento, muitas vezes, da aplicação do texto legal de forma mais objetiva, ou seja, o processo de constitucionalização do direito como um todo faz com que haja uma tendência de os membros do Poder Judiciário utilizarem princípios abstratos como fundamentação de decisões que muitas vezes estão previstas em leis específicas.

Cabe, com isso, lembrar das palavras de Paulo Bonavides acerca desta substituição de uma norma, que é resultado de um sistema político, por uma interpretação altamente subjetiva do intérprete:

A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. **Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo – o do intérprete – por outro subjetivismo – o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente opressiva e desvantajosa pela possibilidade de destruir o Estado de Direito.**¹⁴¹ (Grifo nosso)

¹³⁸ RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

¹³⁹ “A constatação mais geral, analisadas decisões recentes e relevantes, é a de que temos um argumentação abundante em muitos casos, absolutamente lacônica em outros que requereriam maiores cuidados de fundamentação, mas sempre uma dificuldade de determinar a relação entre os fundamentos elencados e a decisão tomada, tornando difícil o controle público e social da qualidade da decisão. Paradoxalmente, no entanto, estas decisões, tão dificilmente submetidas ao controle social em razão de suas características, tem incidido de modo significativo sobre a garantia dos direitos humanos no Brasil, produzindo uma constatação interessante: por intermédio de uma cultura de decisão de contornos autoritários afirmam-se direitos. In: ROESLER, C. R. **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. Quaestio Iuris vol. 08, no. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2517-2531. p. 2518.

¹⁴⁰ MEDEIROS, I. K. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2020. p. 25

¹⁴¹ BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 172.

Observa-se, portanto, que o fenômeno do ativismo judicial está relacionado com uma forma de moralismo jurídico na dogmática constitucional, com uma forte carga de subjetivismo do intérprete, fazendo com que a discricionariedade seja elevada ao ponto de haver uma “(...) tentativa de expressar o sentimento de justiça radicado no meio social de onde provém o operador do direito e para o qual se dirige”¹⁴².

Por outro lado, há o fenômeno da judicialização da política, que deve ser observada como fruto de um desenho e de uma estrutura jurisdicional que permite e incentiva o deslocamento das pautas tradicionalmente políticas, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, para serem discutidas e decididas pelos membros do Poder Judiciário. Nesse sentido, ocorre uma transferência do poder decisório, principalmente daqueles assuntos socialmente controvertidos, para que um pequeno e seletivo grupo de membros do Judiciário defina questões que originalmente pertenceriam às esferas político-representativas.¹⁴³

Ao observar a origem do termo judicialização da política, verifica-se que Tobjörn Vallinder e C. Neal Tate popularizaram essa expressão – “*judicialization of politics*”, na obra *The global expansion of judicial power: The judicialization of politics*, trazendo duas perspectivas para explicar o fenômeno, uma, segundo os autores, vinda de fora do Poder Judiciário e outra, por sua vez, vinda de dentro.¹⁴⁴

Conforme apontam Oliveira e Conti, a primeira perspectiva, vinda de fora, se relacionada com a transferência do poder decisório do Poder Legislativo e do Poder Executivo para os tribunais, sendo que “a forma usual de deslocamento do poder decisório para a jurisdição é a previsão constitucional de um modelo de controle de constitucionalidade (*judicial review*)”¹⁴⁵.

Já aquela forma de judicialização da política vinda de dentro do Poder Judiciário se relaciona com a utilização de métodos decisórios especificamente jurídicos

¹⁴² RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

¹⁴³ “We must set up a decision procedure whose operation will settle, not reignite, the controversies whose existence called for a decision procedure in the first place. This means that even though the members of the society we are imagining disagree about rights, they need to share a theory of legitimacy for the decision procedure that is to settle their disagreements. So, in thinking about the reasons for setting up such a procedure, we should think about reasons that can be subscribed to by people on both sides of any one of these disagreements”. In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 213.

¹⁴⁴ VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 28.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, C. L. D.; CONTI, L. E. L. Judiciário como “vanguarda” e intérprete do “sentimento” popular: populismo judicial no julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no STF. **Revista jurídica lusobrasileira**. Ano 7. 2021, nº 3. pp. 511-538. p. 513 e 514.

em ambientes externos da seara judicial, ou seja, “é o que ocorre quando políticos e administradores passam a adotar em suas deliberações métodos e procedimentos típicos do processo judicial. A designação de relatores, o uso de acórdãos, recursos, bem como de precedentes, tornaram-se práticas rotineiras da Administração Pública”¹⁴⁶.

Na mesma obra que fundou a expressão judicialização da política, C. Neal Tate escreveu um capítulo intitulado de *Why the expansion of judicial power?*, em que o autor trata sobre essa diferenciação do referido fenômeno:

Para maior clareza e consistência, sigo a pesquisa conceitual de Vallinder sobre a judicialização da política (cap. 2 deste volume), que sugere dois significados centrais para o termo: 1. o processo pelo qual tribunais e juízes passam a fazer ou a dominar cada vez mais o formulação de políticas públicas que haviam sido feitas anteriormente (ou, acredita-se amplamente, deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislaturas e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns não judiciais de negociação e tomada de decisão passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas). (Tradução livre)¹⁴⁷

Nesta mesma esteira, visando uma classificação do referido fenômeno, cabe apontar que Ran Hirschl, no artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, assinala que, ao invés de duas, há três categorias que compreendem a judicialização da política, a primeira diz respeito a inclusão, na esfera política, de expressões e procedimento estritamente jurídicos; a segunda trata da judicialização, por meio do controle de constitucionalidade, no ato de elaborar políticas públicas; e, por fim, o que ele chama de “judicialização da política pura”, que se observa quando há “a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras”.¹⁴⁸

Apesar das pequenas diferenças, observa-se que tanto Vallinder e Tate, quanto Hirschl, indicam que a judicialização pode se dar com a utilização de procedimentos jurídicos fora da estrutura do Poder Judiciário, quanto pela transferência

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 514.

¹⁴⁷ No original: “For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggest two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”. In: TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* In: **The Global Expansion of Judicial Power**. TATE, C. N.; e VALLINDER, T.. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 28.

¹⁴⁸ HIRSCHL, R. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 141.

da esfera decisória da arena política – Poder Legislativo e Poder Executivo – para a arena judiciária, seja por conta do instrumento do controle de constitucionalidade, seja por meio de outras ferramentas que acabam auxiliando esse processo de deslocamento de competências.

O que mais parece importante, neste ponto, é observar que para que haja a judicialização da política uma das características necessárias é que os membros do Poder Judiciário tomem decisões ativistas, uma vez que essa proatividade dos julgadores acaba criando um ambiente propício para que, entre outras coisas, o Poder Judiciário, como um todo, assuma algumas competências e prerrogativas que constituem o núcleo duro, ou melhor, as funções típicas dos outros poderes.

Há de se apontar, com isso, que o fenômeno da judicialização possui diferentes características e contornos a depender da realidade em que está inserido, ou seja, “não é possível determinar um modelo universal de judicialização, o que não impede que o fenômeno tenha se espalhado por todo o globo; em regiões tão díspares quanto o Reino Unido e o Paquistão, os tribunais assumiram o protagonismo em temas políticos sensíveis”.¹⁴⁹

Observa-se, portanto, que no Brasil há a ocorrência das duas formas de judicialização da política, definidas por Tate e Vallinder, entretanto o presente trabalho concentrará suas atenções naquela forma de judicialização vinda de fora, ou seja, aquela judicialização da política que se dá por meio do controle de constitucionalidade, mais especificamente acerca das decisões que anulam as tentativas, por parte do Poder Legislativo, de estabelecimento da progressividade na cobrança de alguns tributos, que será melhor tratada no terceiro capítulo.

2.2.2. As possíveis causas e consequências da judicialização da política

Inicialmente cabe observar que Adrian Vermeule, na obra “*The Constitution of risk*”, indica que um dos problemas que se verifica nas democracias modernas não é que não temos boas teorias acerca do constitucionalismo, mas sim que temos muitas teorias sobre esse fenômeno e pouco entendimento da pluralidade de valores que se

¹⁴⁹ OLIVEIRA, C. L. D.; CONTI, L. E. L. Judiciário como “vanguarda” e intérprete do “sentimento” popular: populismo judicial no julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no STF. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 7. 2021, nº 3. pp. 511-538. p. 516.

inserir no constitucionalismo, o que acaba dificultando a regulamentação constitucional.¹⁵⁰

Essa perspectiva é importante para que se compreenda que fenômenos sociais complexos, como é o caso das relações entre os Poderes, mais especificamente a judicialização da política, requerem abordagens também complexas para que se busque um maior entendimento das suas causas e consequências.

Nesse sentido, ao abordar os possíveis motivos causadores do processo de judicialização da política e as eventuais consequências, muitos devem ser os fatores considerados, mas cabe frisar que, por se tratar de um fenômeno social, as causas e consequências que serão apontadas não devem ser consideradas definitivas e únicas, mas apenas algumas, utilizadas nesse trabalho como reflexão, dentro de uma pluralidade de atos e fatos que acabam contribuindo para a criação do processo de judicialização da política.

O clássico processo de transformação ocorrido na ciência jurídica aponta que houve diversas correntes que alteraram a forma de pensar o Direito no decorrer dos últimos séculos, assinalando a substancial modificação do pensamento jusnaturalista para o período em que foi consolidado o positivismo jurídico.

Sob este aspecto, cabe a seguinte passagem de Norberto Bobbio para ilustrar essa distinção: “o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador. (...) o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”¹⁵¹.

Percebe-se, por uma perspectiva histórica, que o surgimento das teorias neoconstitucionalistas está relacionado diretamente com o período do pós Segunda Guerra Mundial, uma vez que o principal desafio das democracias ocidentais foi pensar formas de evitar que regimes totalitários, como aqueles surgidos na Alemanha, Espanha e Itália, pudessem se consolidar por meio de uma eventual “legalidade”, uma vez que os instrumentos utilizados por estes regimes estavam, em termos, dentro das regras do jogo democrático.

¹⁵⁰ “Our problem is not that we have no good theories of constitutionalism, but that we have too many, with too little understanding of how the plural aims and values of constitutionalism relate to one another under the conditions of uncertainty that bedevil constitutional rulemaking”. In: VERMEULE, A. **The Constitution of risk**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 2.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. p. 22 e 23.

Observa-se, com isso, que o positivismo jurídico ficou estigmatizado e, conseqüentemente, vinculado às experiências totalitárias europeias e isso fez com que se abrisse espaço para a relativização da norma positiva e a valorização dos princípios que visassem garantir os valores democráticos, a fim de diminuir as possibilidades de totalitarismos por parte do Poder Executivo.

Em que pese a utilização do *reductio a hitlerum*¹⁵² ser majoritário na doutrina constitucional, há de se observar que na realidade o Poder Judiciário durante o regime nazista estava distante da dogmática positivista, sendo que os julgamentos, na sua maioria, buscavam fundamentos axiológicos dos interesses do povo alemão, como se observa no seguinte trecho:

Em contraste, os juízes alemães rejeitaram o formalismo e interpretaram os estatutos de forma hospitaleira e de acordo com seus “propósitos”, conforme definidos por referência aos valores públicos do regime nazista. **Eles pensavam que os tribunais poderiam realizar sua tarefa interpretativa "somente se não permanecessem colados à letra da lei, mas antes penetrassem em seu núcleo interno em suas interpretações e fizessem sua parte para que os objetivos do legislador fossem realizados"**. Assim, por exemplo, a Suprema Corte alemã concluiu que uma lei que proíbe "relações sexuais" entre alemães e judeus "não se limita ao coito... que as disposições da lei visam proteger não apenas o sangue alemão, mas também a honra alemã."¹⁵³ (Grifo nosso)

Houve, portanto, uma falsa vinculação, ou no mínimo exagerada, dos regimes totalitários europeus do século XX com uma visão restritamente positivista do Direito e, com isso, nas últimas décadas desse século houve uma acentuada tendência da doutrina

¹⁵² Dimitri Dimoulis explica a expressão: “Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância. No nosso tema, alega-se que os positivistas aprovam a forma de agir de Hitler. E, já que Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação!”. In: DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 260.

Já Norberto Bobbio, na obra *O positivismo jurídico*, traz a seguinte consideração acerca da expressão *reductio ad hitlerum*: “o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus”. In: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006. p. 225.

¹⁵³ No original: “By contrast, German judges rejected formalism and construed statutes hospitably and in accordance with their “purposes,” as defined by reference to the public values of the Nazi regime. They thought that courts could carry out their interpretive task “only if they do not remain glued to the letter of the law, but rather penetrate its inner core in their interpretations and do their part to see that the aims of the lawmaker are realized.” Thus, for example, the German Supreme Court concluded that a law forbidding “sexual intercourse” between Germans and Jews “is ... not limited to coition.... A broad interpretation is ... appropriate in view of the fact that the provisions of the law are meant to protect not only German blood but also German honor”. In: SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. *Interpretation and Institutions*. **Chicago Unbound**. University of Chicago Law School, 2003. p. 901

e da jurisprudência no sentido de uma possível superação do positivismo, de forma que a dogmática constitucional passasse a ser observada pela lógica do assim denominado pós-positivismo. O que significa, nas palavras de Barroso, “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre os valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.¹⁵⁴

Tendência esta que acabou fazendo com que a atuação dos operadores do Direito, em especial dos membros do Poder Judiciário, se inclinasse para o abandono parcial dos critérios lógicos e formais impostos pelo positivismo e passassem a realizar uma reaproximação entre o direito e a moral.

Essa reaproximação é uma das características mais marcantes das teorias denominadas de neoconstitucionalistas¹⁵⁵, de forma que os princípios constitucionais passam a servir como norte para que seja realizada a interpretação das normas positivadas, ao ponto do texto objetivo de uma norma infraconstitucional ser deixado de lado, pelo intérprete, para que haja o cumprimento de algum princípio abstrato previsto constitucionalmente.

Para que se compreenda de forma mais clara a posição adotada por aqueles que apoiam essas teorias, cabe apontar o seguinte trecho de Luís Roberto Barroso em que ele indica que o neoconstitucionalismo é:

(...) um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁵⁶

Observa-se, com isso, que as correntes neoconstitucionalistas trazem consigo uma pretensão de superar o positivismo jurídico com a justificativa de efetivação dos

¹⁵⁴ BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**. v.4, n.15, 2001. p. 31.

¹⁵⁵ Para Elival o neoconstitucionalismo não chega a se caracterizar como um movimento ou uma escola específica, mas ele a considera como uma tendência teórica, uma vez que carece de “aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas”. In: RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 294.

¹⁵⁶ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr/jun 2005. 1-42. p. 10 e 11.

direitos fundamentais a partir de interpretações constitucionais que, como dito anteriormente, reaproximam o Direito da moral, trazendo uma forte carga axiológica para as normas e, especialmente, para os princípios constitucionais.

Percebe-se, nesse sentido, uma semelhança do neoconstitucionalismo com o jusnaturalismo, uma vez que ambas correntes teóricas creem em interpretações do Direito que não podem desconsiderar o conteúdo da justiça, os valores axiológicos e os valores trazidos pela Constituição. Entretanto “o neoconstitucionalismo diferencia-se do jusnaturalismo, entre outras razões, por não ser fundamentado em ideais externos ou naturalísticos, mas por valores constitucionalizados”¹⁵⁷.

Outras posições teóricas observam os neoconstitucionalistas como antipositivistas, ou ainda como aqueles que praticam um jusnaturalismo mitigado, como se observa nesse seguinte trecho de Elival da Silva Ramos:

Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam). Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade), da qual se pode (e, a meu ver, se deve) discordar, mas não se pode negar a consistência. Vislumbram-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado.¹⁵⁸

Observa-se que a utilização dessas teorias acaba sendo um dos fundamentos do aumento da judicialização da política brasileira e, nesse sentido, cabe observar que Barroso indica três causas para justificar esse fenômeno, sendo a primeira “o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2020. p. 32.

¹⁵⁸ RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296 e 297.

¹⁵⁹ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367.

A crise de representatividade em relação a política majoritária é considerada, por Barroso, a segunda causa fundamental para explicar a judicialização da política e, por fim, o fato de que os próprios atores do jogo político, por vezes, preferem deixar que o Poder Judiciário tome as decisões sobre assuntos socialmente controvertidos, evitando desgastes as suas imagens perante os eleitores.¹⁶⁰

Barroso aponta, ainda, que no Brasil o processo de constitucionalização do direito acabou impulsionando ainda mais esse movimento em direção a maior judicialização da política, uma vez que “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas”.¹⁶¹

Sob este prisma que se percebe que as teorias neoconstitucionais pregam uma valorização normativa dos princípios trazidos pela Constituição, inclusive sob o aspecto da sua vinculação e não dependência do legislador infraconstitucional para que esses princípios produzam efeitos jurídicos, o que acaba acarretando em um processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, uma vez que os valores axiológicos trazidos pela Constituição se espriam por todo o ordenamento jurídico, fazendo com que todas as áreas do Direito passem a ter a Constituição como balizador.

Além desses pontos acima apresentados, Barroso faz ainda uma menção ao modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil que utiliza o sistema difuso – de origem estadunidense – em que todos os órgãos do Poder Judiciário tem competência de declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, bem como utiliza o sistema concentrado – de origem europeia – que cria um tribunal superior para fazer as vezes de corte constitucional onde são discutidos casos concretos, por meio de ações diretas.¹⁶²

Observa-se, portanto, que não há apenas uma razão para que se explique o fenômeno da judicialização da política, o que há, entretanto, é uma soma de escolhas

¹⁶⁰ Sobre esse ponto, de que a judicialização da política é, também, fruto de uma transferência intencional dos debates políticos, por parte dos próprios partidos políticos, para as esferas do Poder Judiciário, cabe trazer a seguinte passagem: “a judicialização da política é um produto de escolhas, interesses ou considerações estratégicas concretas de grupos de interesse. Os partidos recorrem ao Judiciário para resolver disputas políticas. (...) Ao transferir as batatas quentes para os tribunais, os políticos podem aumentar sua legitimidade ou reduzir sua culpabilidade na tomada de decisões ou, simplesmente, optar por não tomar decisão alguma em matérias difíceis”. In: OLIVEIRA, C. L. D.; CONTI, L. E. L. Judiciário como “vanguarda” e intérprete do “sentimento” popular: populismo judicial no julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no STF. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 7. 2021, nº 3. pp. 511-538. p. 518 e 519.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368.

¹⁶² *Ibidem*. p. 369.

políticas, institucionais e jurídicas que acabam criando esse fenômeno e fazendo com que o Poder Judiciário atue em questões ligadas aos órgãos deliberativos, o que gera uma gama de consequências para a própria política, para a prática jurídica e, especialmente, para o ideal democrático definido na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, no que se refere as consequências desse processo de judicialização cabe, mais uma vez, estabelecer que o presente trabalho não visa esgotar tais consequências ou definir uma lista taxativa dos pontos que repercutem esse fenômeno no Brasil, mas apenas trazer algumas reflexões para que se compreenda o impacto desse processo no desenho institucional brasileiro, tanto no que se refere as arenas políticas, quanto as judiciárias.

Retomando, então, alguns conceitos tratados até aqui, esta pesquisa dedicará mais atenção aquelas usurpações de competências realizadas pelo Poder Judiciário sobre os outros Poderes que, como já visto anteriormente, possuem suas credenciais democráticas mais bem definidas, principalmente no que se refere aquele tipo de judicialização que decorre do instituto do controle de constitucionalidade, tendo em vista que é o principal instrumento que possibilita o Judiciário a invadir o núcleo de competências estritamente políticas.

Por certo que o controle de constitucionalidade é importante no atual contexto, para que se evitem a normatização de certas condutas ou até mesmo discursos de ódio, inclusive para que se evite que grupos organizados ponham em risco as estruturas democráticas, como inclusive o processo eleitoral e as regras que garantem a representatividade democrática¹⁶³. Entretanto, esse controle deve ser observado sob a luz da Constituição Federal para que sejam mínimas as “distorções na prática da especialização funcional demandada pela separação dos Poderes”¹⁶⁴.

Sob este aspecto que a judicialização da política pode trazer algumas consequências importantes para o Estado democrático de Direito, começando pela mitigação do positivismo jurídico com a reaproximação do direito com a moral, que além de ser uma das causas apresentadas para promover a judicialização é, também, uma das suas consequências, uma vez que este fato se retroalimenta e se observa uma tendência de valorização de princípios abstratos em detrimento do poder normativo das normas infraconstitucionais, como se observa no seguinte trecho:

¹⁶³ VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 217.

¹⁶⁴ RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 333.

As inconsistências e lacunas do positivismo em matéria de interpretação normativa serviram de *leitmotiv* às duras críticas contra ele desfechadas pelo moralismo jurídico, assim entendidas as propostas teóricas que, sem defender um retorno à Dogmática jusnaturalista, afastaram-se do positivismo ao postularem, em alguma medida, a coincidência entre o direito e a moral.¹⁶⁵

Observa-se, com isso, que esse processo acaba concentrando o foco das atenções ao Poder Judiciário, uma vez que a interpretação das normas vale mais do que o processo legislativo em si, diminuindo, com isso, o poder e o alcance das esferas essencialmente políticas – Poder Legislativo e Executivo, o que gera uma percepção ainda maior de que a política foi enfraquecida e o que vale mesmo são as interpretações que os juízes fazem da legislação.

Entretanto, esse fortalecimento do Poder Judiciário tem uma dupla face, uma vez que, apesar de sua atividade cada vez mais pautar a vida política do país, isso se dá juntamente com um alto custo à instituição, tendo em vista que a partir do momento que juízes e ministros dos tribunais superiores passam a assumir o papel de legisladores, por exemplo, eles acabam ficando mais expostos às opiniões e aos ataques daqueles cidadãos que não concordam com as decisões por eles tomadas.

Sobre essa questão em específico cabe lembrar as seguintes palavras de Ramos que, apesar de tratar na sua obra mais especificamente do ativismo judicial, faz algumas ponderações que cabem perfeitamente à crítica à judicialização da política que se pretende aqui abordar:

(...) deve-se incluir dentre os fatores de estímulo ao ativismo a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, **o exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento; ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.**¹⁶⁶

Nesse aspecto perde o Judiciário a sua característica imparcialidade e, ao mesmo tempo, as esferas políticas veem o esvaziamento das suas competências, uma vez que a atuação ativista do Poder Judiciário é inversamente proporcional ao descrédito que recai sobre as instituições políticas que, por exemplo, ao promulgar uma lei determinam a alocação dos recursos públicos necessários e levam em consideração questões gerais

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 323.

¹⁶⁶ *Ibidem.* p. 331.

fundamentais para a implementação de determinada política pública, por meio de conhecimentos técnicos e expertises que o Poder Judiciário não possui.¹⁶⁷

Essa perspectiva, porém, deve levar em consideração uma avaliação um pouco mais ampla do que a própria decisão em si, uma vez que há decisões do Poder Judiciário que usurpam competências dos outros Poderes, mas que acabam beneficiando alguma parte em específico que, em termos de justiça, mereceria ser beneficiada, como nos casos em que um indivíduo ingressa com uma ação no Judiciário visando receber do governo algum medicamento específico que não é garantido pelo Sistema Único de Saúde.

A decisão em si do Judiciário de conceder esse medicamento pode parecer acertada em termos principiológicos e morais, entretanto a interferência judicial em pontos tão específicos da administração pública acaba tendo impactos consideráveis no orçamento público e, ainda, na equidade perante a prestação dos serviços públicos, haja vista a desigualdade de acesso ao Poder Judiciário nas mais diversas camadas sociais brasileiras.

Acerca do impacto orçamentário que algumas dessas decisões têm tratar-se-á mais especificamente no terceiro capítulo desse trabalho, mas o que importa perceber para a conclusão deste ponto é que o processo de judicialização da política pode parecer tentador, mas o enfraquecimento das esferas tradicionalmente políticas, em um Estado democrático de Direito, traz consequências que podem desfigurar aquilo que se tem como ideal democrático e, nesse sentido, parafraseando Waldron, um sistema democrático deve empoderar a oposição política, até porque a política existe justamente para permitir que pessoas nas suas diversidades e nos seus desacordos tenham meios de concordar em determinados pontos e manter um convívio social.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Nesse sentido, cabe a seguinte referência: “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 micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. 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”. In: BARCELLOS, A. P. 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*. 2006. p. 32.

¹⁶⁸ “We have to look to the way in which political opposition is empowered in a democratic system. (...) As I said at the beginning, quoting Hannah Arendt, politics exists because not one person but people inhabit the world—people in all their diversity with all their disagreements”. In: WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 124.

2.3. O MODELO MINIMALISTA DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Tendo como base os conceitos e as considerações trazidas nesse trabalho nos últimos pontos, passar-se-á, nesta terceira parte do capítulo primeiro, a analisar a atuação do Poder Judiciário com base nas personas trazidas por Cass Sunstein na obra “*Constitutional Personae*”, em que o autor, tratando de decisões da Suprema Corte estadunidense, traça um perfil das decisões para enquadrá-las em quatro diferentes arquétipos.

Posteriormente, tratar-se-á da relação de uma dessas personas, a do minimalista, para realizar uma análise de como esse modelo, proposto por Sunstein, pode contribuir para otimizar e impulsionar a própria democracia.

2.3.1. O modo de atuar do Poder Judiciário com base nas personas de Sunstein

Tendo em vista aquilo que foi até aqui exposto, parte-se para análise mais restrita da obra “*Constitutional Personae*” de Cass Sunstein, visando a compreensão dos perfis traçados pelo autor sobre a atuação dos membros da Suprema Corte estadunidense para que se possa compreender melhor a forma de atuação dos membros do Poder Judiciário brasileiro e, com isso, realizar uma crítica a atuação desse Poder em relação a interferência na definição de políticas públicas no Brasil, mais especificamente no que tange as políticas tributárias que alteram características importantes da matriz tributária brasileira.

Na referida obra o autor classifica os juízes de acordo com quatro personas possíveis, partindo da análise dos perfis dos magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, estabelecendo características que definem os juízes como heróis, soldados, mudos ou minimalistas a depender da forma de atuação, principalmente no que se refere a interferência ou a deferência dos magistrados em relação as escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, parte-se para a análise daquilo que Sunstein chama de persona do herói. Esse perfil está diretamente relacionado com o protagonismo que o Poder Judiciário assumiu nas últimas décadas em diversos países, incluindo entre eles o Brasil e os Estados Unidos da América, sendo que essa persona de magistrado não vê problemas em derrubar uma lei ou um ato governamental caso esta lei ou este ato seja contrário a

interpretação constitucional que este juiz acredite ser a mais correta, ou seja, “de um modo geral, os heróis estão dispostos e às vezes até ansiosos para invocar a Constituição para derrubar a legislação federal e estadual. Eles são confortáveis com ataques grandes e ousados”¹⁶⁹ (tradução livre).

Por essas características o autor aponta que esse perfil de juiz pode ser considerado ativista¹⁷⁰, tanto que acreditam que o Poder Judiciário tem um grande papel de transformação social em nome da Constituição, de forma que a sua atuação, por meio da interpretação das normas, pode trazer uma melhora na compreensão de determinados assuntos, principalmente no que se refere as liberdades individuais, fazendo com que estes juízes pareçam estar buscando um futuro utópico que esteja em sintonia com as suas perspectivas morais e éticas.

Entretanto, há de se observar que esse modo de atuação dos juízes conta com seus defensores e dentre eles o autor cita especialmente Ronald Dworkin e John Hart Ely como os principais nomes, sendo que para ele o juiz Hércules, imaginado por Dworkin, é “a elaboração acadêmica mais importante da persona sobre o juiz herói”¹⁷¹ (tradução livre), tendo em vista que seria o responsável por fazer uma leitura moral de princípios como a liberdade de expressão, ou o devido processo legal.

Já Ely traz uma perspectiva de que um Poder Judiciário ativo, e heroico nas palavras de Sunstein, deve reforçar os instrumentos de manutenção das estruturas que garantem os regimes democráticos e o processo político como um todo, bem como a proteção da Corte para com os grupos politicamente mais suscetíveis¹⁷².

Isso se verifica de forma clara quando Ely trata da Corte de Warren na sua obra “Democracia e desconfiança”, em que defende que

É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político –

¹⁶⁹ No original: “*The leading Personae are Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes. Broadly speaking, Heroes are willing and sometimes even eager to invoke the Constitution to strike down federal and state legislation. They are comfortable with big, bold strokes*”. In: SUNSTEIN, C. R. **Constitution personae**. Oxford: University Press, 2015. p. 2.

¹⁷⁰ “*As I am understanding them here, all Heroes can be considered “activist” in the distinctive sense that they are willing to use the Constitution to strike down acts of Congress and of state legislatures*”. In: *Ibidem*. p. 6.

¹⁷¹ No original: “*Hercules is the most sustained academic elaboration of the heroic judicial Persona*”. In: *Ibidem*. p. 9.

¹⁷² “*Those who embrace Ely’s theory of judicial review, which calls for an active judiciary in the reinforcement of democracy, are likely to support heroism, at least some of the time. They want the Court to protect groups that are politically weak, or subject to “prejudice,” and they also want the Court to police the political process. For these reasons, they will seek and embrace heroic rulings*”. In: *Ibidem*. p. 9.

que é o contexto em que tais valores de fato podem ser corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.¹⁷³

A outra persona identificada por Sunstein é a do juiz soldado, que estaria no extremo oposto do juiz herói, uma vez que o soldado tende a obedecer regras, principalmente daqueles que estão em um patamar de superioridade perante eles, que, nesse caso em específico, seriam as esferas políticas do governo, demonstrando a grande deferência que esse tipo de juiz possui com as decisões tomadas pelo parlamento e pelo Executivo.¹⁷⁴

Como exemplo Sunstein traz o nome do membro da Suprema Corte estadunidense Oliver Wendell Holmes, que pode ser considerado um juiz herói no que se refere a liberdade de expressão, mas em todos os outros casos sempre atuou de forma deferente as instituições políticas, inclusive com a célebre frase “se meus caros cidadãos querem ir pro inferno, eu vou ajudá-los. É o meu trabalho”¹⁷⁵ (tradução livre).

Outro exemplo trazido pelo autor, de um jurista defensor dessa figura do soldado, é o professor Adrian Vermeule, que é um dos principais teóricos entusiastas dessa deferência judicial aos processos políticos e legislativos.

Essa perspectiva traz a compreensão que a Suprema Corte de um país pode apenas invalidar alguma legislação se houver uma violação ao texto constitucional de forma objetiva e clara, ao ponto em que decisões como a clássica *Brown v. Board of Education*, por exemplo, não poderiam ser aceitas por um defensor da atuação do Poder Judiciário pela persona do soldado, uma vez que a Constituição dos Estados Unidos da América não proíbe de forma clara a segregação racial, fazendo com que outros assuntos, como o preconceito pela orientação sexual também fosse uma questão que não poderia ser revista pelo Poder Judiciário.¹⁷⁶

Os juízes sob a persona dos mudos são definidos por Sunstein como aqueles mais raros de se encontrar, uma vez que eles não se manifestam sobre questões controversas sejam elas quais forem, uma vez que o engajamento do Poder Judiciário

¹⁷³ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁷⁴ “At the opposite pole from Heroes are Soldiers, who argue in favor of following orders. The defining feature of the judicial Soldier is a willingness to defer to the will of his superiors, typically understood as the political branches of government”. In: SUNSTEIN, C. R. **Constitution personae**. Oxford: University Press, 2015. p. 9 e 10.

¹⁷⁵ No original: “If my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It’s my job”. In: *Ibidem*. p. 11.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 12.

nesses temas acaba trazendo consequências importantes para a nação e para o próprio Judiciário, naquilo que se denomina de efeito *backlash*¹⁷⁷, tendo em vista que ao interferir em assuntos controvertidos os membros desse Poder acabam criando resultados negativos tanto para a decisão que está sendo julgada, quanto para a própria instituição em si.¹⁷⁸

Por fim, cabe apontar as características daqueles juízes que mais importam para a presente pesquisa, quais sejam aqueles que se identificam com a persona do minimalista. Nesse sentido, Sunstein indica que os minimalistas são aqueles que de forma humilde preferem dar passos pequenos e cautelosos para incrementar as decisões do que já foram dadas sobre determinado tema, ao contrário dos heróis eles se percebem como seres limitados, que carecem, muitas vezes, de conhecimento técnico suficiente para atuar de forma mais firme sobre determinado assunto.¹⁷⁹

No que se refere ao respeito aos direitos fundamentais, os minimalistas indicam dois pontos diferentes, primeiro é que eles não querem se comprometer com grandes considerações sobre liberdade ou propriedade, por exemplo, nas palavras do Sunstein, eles preferem ficar no raso do que ir para o fundo; e, segundo, que os minimalistas compreendem que as Cortes devem focar em questões específicas, preferindo uma interpretação mais estreita do que alargada do seu papel no desenho institucional.¹⁸⁰

Sunstein, no decorrer da obra demonstra a sua preferência por esse modelo de atuação do Poder Judiciário, mas mais especificamente aquilo que ele denomina de minimalismo burkeano, inspirado em Edmund Burke, em que é valorizado a questão do peso das tradições, tendo em vista que

Os minimalistas burkeanos acreditam que os princípios constitucionais devem ser construídos de forma incremental e por analogia, e com estreita referência a práticas antigas. Todos os minimalistas insistem no incrementalismo; mas os burkeanos comprometidos também enfatizam a necessidade de os juízes prestarem atenção cuidadosa às tradições estabelecidas e evitarem ou esconderem argumentos morais e políticos independentes de qualquer tipo.¹⁸¹ (Tradução livre)

¹⁷⁷ “Às vezes, ocorre na sociedade uma reação a certos avanços propostos pela suprema corte. Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*”. In: BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77. p. 42.

¹⁷⁸ SUNSTEIN, C. R. *Constitution personae*. Oxford: University Press, 2015. p. 20 e 21.

¹⁷⁹ *Ibidem*. p. 16.

¹⁸⁰ *Ibidem*. p. 16 e 17.

¹⁸¹ No original: “Burkean Minimalists believe that constitutional principles must be built incrementally and by analogy, and with close reference to longstanding practices. All Minimalists insist on incrementalism; but committed Burkeans also emphasize the need for judges to pay careful attention to established traditions and to avoid or cabin independent moral and political argument of any kind”. In: *Ibidem*. p. 68.

Apresentadas as principais características dos quatro arquétipos trazidos por Sunstein, cabe apontar algumas considerações que o autor faz e que se fazem necessárias para o avanço do presente trabalho.

Deve-se frisar que independente da persona adotada por um juiz em um determinado caso – observando que juízes variam sua forma de atuar a depender do assunto que está sendo tratado – a decisão pode ser considerada mais ao campo progressista ou mais ao campo conservador, ou seja, não há uma relação direta entre um perfil de decisão com o posicionamento no campo político do julgador, inclusive por se perceber que “os progressistas muitas vezes defenderam o heroísmo judicial como seu arquétipo preferido, e que conservadores e libertários fizeram exatamente a mesma coisa”¹⁸² (tradução livre).

Nesse sentido, pode-se ter juízes com decisões heroicas defendendo teses que se relacionam tanto com os anseios mais a direita no espectro político, quanto mais a esquerda, tendo em vista que os interesses desses julgadores não dependem necessariamente das suas inclinações pessoais, mas sim dos argumentos feitos em defesa do seu objetivo, uma vez que diferentes circunstâncias requerem diferentes perfis de julgadores.¹⁸³

Por fim, outra perspectiva relevante trazida por Sunstein, e que será útil para a compreensão do presente trabalho, é que alguns juízes se identificam com uma das personas, mas acabam tomando decisões com outro perfil, isso é observado com mais frequência na figura dos juízes que se auto declaram soldados, uma vez que respeitam as regras, mas que suas decisões possuem características marcantes de um ativismo judicial típico de um juiz herói.¹⁸⁴

2.3.2. O minimalismo judicial como propulsor da democracia deliberativa

O presente ponto pretende encerrar este segundo capítulo fazendo uma avaliação de como o minimalismo judicial, proposto por Sunstein, pode servir de instrumento propulsor de uma democracia deliberativa, para tanto, inicialmente, retomar-

¹⁸² No original: “*progressives have often championed judicial heroism of their preferred sort, and that conservatives and libertarians have done exactly the same thing*”. In: *Ibidem*. p. 10.

¹⁸³ “*The case for one or another Persona depends on the arguments made on its behalf, not on psychological inclinations. Different circumstances require different Personae. To know which is best, we need to investigate the circumstances. But in politics and law, as in ordinary life, the rules of attraction, rather than the arguments, often end up running the show.*”. In: *Ibidem*. p. 151.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 15.

se-á algumas considerações acerca de requisitos para que se considere que a tomada de decisão política de um governo tenha características democráticas.

Robert Dahl, na sua obra “*On democracy*”, define alguns critérios essenciais para que um processo político seja considerado democrático, de forma que todos os indivíduos sejam igualmente legitimados para participar do processo político de tomada de decisão. A primeira exigência apontada pelo autor diz respeito a efetiva participação, de forma que “antes de uma política ser adotada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer conhecer seus pontos de vista aos outros membros da comunidade sobre a qual deve ser a política”¹⁸⁵

O segundo critério se relaciona com a igualdade do voto, de forma que todo voto possui o mesmo peso, e da efetiva oportunidade de votar; o terceiro trata do entendimento esclarecido, em que o autor aponta que cada indivíduo deve ter as mesmas oportunidades de aprender as questões politicamente relevantes e as suas consequências; o exercício sobre o controle final do planejamento estatal é considerado o quarto requisito, em que os indivíduos podem definir quais assuntos serão colocados na pauta política; e, por fim, o quinto requisito trazido por Dahl diz respeito a inclusão dos adultos, de forma que o maior número possível de adultos, residentes, devem ter os direitos que garantem os outros quatro critérios apresentados.¹⁸⁶

Esse trabalho de Dahl é importante por apontar quais são os critérios ideais para que o processo político seja democrático, no sentido de que quanto mais se aproximar do cumprimento de todos os requisitos maior será a chance de se atingir um ideal democrático na tomada de decisão política, respeitando aquilo que há de mais essencial em um regime democrático, ou seja, a garantia da deliberação popular por meio dos representantes eleitos.

Nesse mesmo sentido, Sunstein, na obra “*One case at a time*”, aponta a importância do processo deliberativo nas democracias:

(...) o sistema constitucional americano aspira não ao simples majoritarismo, e não à agregação de “preferências” privadas, mas a um sistema de democracia deliberativa. Nesse sistema, os representantes devem prestar contas ao público. O controle eleitoral é uma parte importante do sistema. (...) Em uma sociedade heterogênea, a deliberação é bem-vinda precisamente por conta do pluralismo social.

¹⁸⁵ No original: “*Before a policy is adopted by the association, all the members must have equal and effective opportunities for making their views known to the other members as to what the policy should be*”. In: DAHL, R. A. *On democracy*. 2ª ed. New Haven: Yale University, 2015. p. 80.

¹⁸⁶ *Ibidem*. p. 80 a 82.

Na ausência de pluralismo, a deliberação não seria inútil; mas teria muito menos sentido.¹⁸⁷ (Tradução livre)

Essa reflexão importa para a presente pesquisa uma vez que se está buscando compreender como o processo de judicialização da política pode interferir na construção de um Estado democrático e como um modelo de minimalismo judicial pode auxiliar nesse contexto.

Como visto no ponto anterior, a base da concepção minimalista se dá a partir da ideia de uma autocontenção¹⁸⁸ do Poder Judiciário no que se refere a interferência nas funções típicas dos outros poderes, especialmente na função legislativa, que tem como uma de suas características fundamentais a representação democrática no processo deliberativo.

Nesse sentido, o modelo minimalista proposto por Sunstein traz, como já apontado brevemente no ponto anterior, a estreiteza e a superficialidade das decisões judiciais como características principais, ou seja, no que se refere a decisões mais estreitas do que amplas – *narrow rather than wide* – o autor aponta que um juiz minimalista ao se deparar com um caso controvertido procura decidir o mesmo sem buscar estabelecer padrões para fundamentar decisões futuras, essa carência de teorizações excessivas na verdade é a busca do juiz pela decisão que não seja apoiada em argumentos mais amplos do que aqueles necessários para justificar essa própria decisão.¹⁸⁹

Já em relação a superficialidade das decisões – *shallow rather than deep* – Sunstein aponta que juízes minimalistas evitam questões relacionadas a princípios básicos e a elucidações muito abstratas, buscando conter a ambição típica daqueles encarregados em tomar decisões, para que no fim das contas haja uma maior permissividade da discordância, *i.e.*, com esse tipo de decisão mais rasa os juízes

¹⁸⁷ No original: “*The American constitutional system aspires not to simple majoritarianism, and not to aggregation of private “preferences”, but to a system of deliberative democracy. In that system, representatives are to be accountable to the public. Electoral control is an important part of the system. (...) In a heterogenous society, deliberation is to be welcomed precisely because of social pluralism. In the absence of pluralism, deliberation would not be pointless; but it would have much less of a point*”. In: SUNSTEIN, C. R. ***One case at a time***. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 25.

¹⁸⁸ “O minimalismo é uma forma de autocontenção, mas não se confunde com outras modalidades existentes. Rejeita a autocontenção como regra geral ou o apreço irrestrito ao majoritarismo, que são crenças maximalistas. Os minimalistas ‘preferem deixar questões fundamentais não decididas. Esta é a sua característica mais nítida’”. In: MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

¹⁸⁹ SUNSTEIN, C. R. ***One case at a time***. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 10 e 11.

minimalistas buscam incentivar a concordância, em um caso concreto, daquelas pessoas que discordam em questões mais profundas, mais filosóficas ou morais.¹⁹⁰

Essa questão da discordância sobre questões fundamentais traz a discussão o recurso interpretativo levantado por Sunstein denominado de acordos teóricos incompletos, ou seja, o autor quando se refere a esta expressão trata da importância da incompletude de definição quando se está tratando de princípios gerais sendo aplicados a casos concretos, sendo que tal recurso pode promover dos objetivos em uma democracia deliberativa, quais sejam:

(...) (i) permitir que as pessoas vivam juntas, e (ii) permitir que essas pessoas demonstrem uns aos outros uma medida de reciprocidade e respeito mútuo. Ambos os objetivos são importantes e, embora diferentes, são complementares. Comece com a ideia de um *modus vivendi*: o uso de princípios ou regras de baixo nível permite que juízes em órgãos com vários membros e também cidadãos encontrem pontos em comum e converjam em resultados sem produzir antagonismo desnecessário. Tanto as regras quanto os princípios de baixo nível tornam desnecessário alcançar áreas em que as divergências são profundas. **Talvez ainda mais importante, acordos incompletamente teorizados permitam que as pessoas mostrem umas às outras um alto grau de respeito mútuo, civilidade ou reciprocidade.**¹⁹¹
(Tradução livre e grifo nosso)

Nesse sentido, para o autor tal recurso interpretativo auxilia as sociedades democráticas no aspecto de que se cria um compromisso público e uma solidariedade social que busca encontrar um ponto de convergência no debate acerca da aplicação das mais plurais concepções de justiça, de forma que mesmo que cidadãos discordem no campo teórico, com um alto grau de abstração, acerca de um determinado direito ou princípio, eles podem concordar quando se trata de uma questão prática em que o Poder Judiciário deve dar sua decisão.¹⁹²

A incompletude desses acordos faz com que se deixe uma margem de silêncio importante para a construção de novas formas de interpretação e aplicação de

¹⁹⁰ “The concrete outcomes are backed not by abstract theories but by unambitious reasoning on which people can converge from diverse foundations, or with uncertainty about appropriate foundations”. In: *Ibidem*. p. 11 a 13.

¹⁹¹ No original: “(...) (1) to enable people to live together, and (2) to permit them to show each other a measure of reciprocity and mutual respect. Both goals are important, and although different, they are complementary. Begin with the idea of a *modus vivendi*: the use of low-level principles or rules allows judges on multi-member bodies and also citizens to find commonality and to converge on outcomes without producing unnecessary antagonism. Both rules and low-level principles make it unnecessary to reach areas in which disagreements run deep. Perhaps even more important, incompletely theorized agreements allow people to show each other a high degree of mutual respect, civility, or reciprocity”. In: SUNSTEIN, C. R. *Legal reasoning and political conflict*. 2ª ed. Oxford University Press, 2018. p. 39 e 40.

¹⁹² “Thus a key social function of rules is to allow people to agree on the meaning, authority, and even the soundness of a governing provision in the face of disagreements about much else”. In: SUNSTEIN, C. R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 38.

determinado direito ou princípio, minimizando, inclusive, os conflitos entre interpretações atuais com as futuras e diminuindo os custos dos erros na tomada de decisão pelo Poder Judiciário.¹⁹³

Sunstein faz, ainda, uma diferenciação entre o aspecto procedimental e substancial do minimalismo, sendo que o primeiro “refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter formal – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas”¹⁹⁴.

Como já tratado anteriormente, essa postura minimalista, no que se refere ao procedimento, evita a utilização de argumentos com um alto grau de abstração quando se está tratando de um caso concreto, como o princípio da vedação ao efeito confiscatório, por exemplo, deixando coisas por decidir faz uso do silêncio para que partes daquele tema que esteja sendo julgado fique, de fato, sem decisão, abrindo espaço para futuras reflexões e debates.¹⁹⁵

Já no que se refere a substância, Sunstein aponta que os minimalistas não são céticos ou agnósticos, mas que essa forma de atuar está comprometida com uma série de ideias relacionadas com a democracia constitucional e a busca pelo seu bom funcionamento¹⁹⁶.

De forma que na resolução de um caso concreto o juiz minimalista busca tratar dessa moralidade interna da democracia, e, nesse sentido, o autor traz uma afirmação importante para o contexto do presente trabalho, de que a democracia possui essa moralidade interna, fazendo com que esse regime não se confunda com um simples majoritarismo, em que um determinado grupo de pessoas, em determinado momento histórico, optou por tomar uma decisão específica, a democracia seria muito mais do que isso, representaria um conjunto de ideias que, entre outras coisas, promove a deliberação política, em igualdade de direitos, e, com isso, a inclusão dos cidadãos no núcleo do poder decisório de um país.¹⁹⁷

¹⁹³ “*Silence – on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious – can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense. In law, as elsewhere, what is said is no more important than what is left unsaid*”. *Ibidem*. p. 39.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, C. L. de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 270.

¹⁹⁵ SUNSTEIN, C. R. **One case at a time**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. ix e x.

¹⁹⁶ “(...) *a minimalist court is not skeptical or agnostic. On the contrary, it is committed to a set of animating ideals. One of my goals here is to elaborate, in minimalist fashion, a particular set of ideals, taken as the preconditions of a well-functioning constitutional democracy*”. *In: Ibidem*. p. xi.

¹⁹⁷ “*The ideal of democracy comes with its own internal morality – the internal morality of democracy – and there is a large difference between democracy, properly understood, and whatever it is that a certain*

Sob este aspecto, Sunstein traz uma lista exemplificativa de decisões judiciais que podem promover a democracia deliberativa, como (i) um tribunal que derruba leis vagas justamente para evitar que os membros do Poder Executivo determinem o conteúdo dessa lei; (ii) um tribunal pode usar a doutrina da não delegação para requerer julgamento legislativo e não executivo em determinados casos; (iii) um tribunal pode interpretar leis ambíguas para que elas sejam mantidas fora do âmbito da dúvida constitucional, no sentido de que julgamentos constitucionais problemáticos, para serem defendidos, podem ser feitos por instituições políticas, e não apenas por burocratas e administradores; (iv) um tribunal pode invocar a doutrina do desuso, que proíbe o uso de leis antigas que carecem de suporte público, para exigir maior prestação de contas e maior deliberação; (v) um tribunal pode exigir que a discriminação seja justificada, com base em propósitos reais e não hipotéticos; e (vi) um tribunal pode tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas pelas justificações relacionadas ao público mais do que pelo poder e auto interesse, podendo assim modelar e policiar o sistema da razão pública.¹⁹⁸

Esses são exemplos daquilo que um tribunal com tendências minimalistas poderia fazer para que houvesse uma maior promoção da democracia deliberativa, mas o que parece mais fundamental é a percepção de que adotando um modelo de minimalismo judicial, com as características até agora apresentadas, se está caminhando em direção a uma maior inclusão dos indivíduos na tomada de decisão governamental, ou seja, quando se tem um Poder Judiciário que prefere tomar decisões mais estreitas que largas e mais rasas que profundas, deixando lacunas nas decisões de forma a não criar paradigmas para decisões futuras, se está, ao mesmo tempo, abrindo espaço para que instituições representativas assumam essas responsabilidades.

Com isso, observa-se que a proposta minimalista visa levar em consideração, também, o aspecto político das suas decisões, promovendo o debate público sem buscar cessar o dissenso razoável, mas pelo contrário, observar que a sociedade se constrói justamente por meio da pluralidade dos seus indivíduos e das discordâncias destes sobre os princípios mais abstratos, que somados constituem o arcabouço moral de uma democracia deliberativa.

majority has chosen to do at a certain time. The most important features of democracy's internal morality are connected with the principle of political equality". In: Ibidem. p. xi.

¹⁹⁸ *Ibidem. p. 27.*

3. A JUDICIALIZAÇÃO DE ALGUMAS ESCOLHAS TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS COM O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE E O IMPACTO DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

“Qualquer abordagem particular da Constituição, e a adoção de qualquer persona, deve ser defendida com base no fato de que torna a ordem constitucional relevantemente melhor e não pior”.¹⁹⁹ (Tradução livre)

O primeiro capítulo deste trabalho apresentou uma construção teórica que trouxe apontamentos sobre as escolhas realizadas no campo da matriz tributária brasileira, passando por conceitos operacionais acerca da progressividade, regressividade e proporcionalidade tributária e foi finalizado com uma análise acerca da abordagem de que os direitos são fenômenos pós tributários.

Já o segundo capítulo, voltado ao estudo da interpretação constitucional, trouxe algumas considerações sobre o modelo democrático utilizado nos Estados modernos, passando por uma análise da separação dos poderes, para avaliar qual o impacto que o fenômeno da judicialização da política tem principalmente no que se refere ao ideal democrático constitucionalmente estabelecido e, por fim, aquele capítulo encerrou com o estudo acerca do minimalismo judicial proposto por Sunstein como uma forma possível de impulsionar os regimes democráticos deliberativos.

O capítulo terceiro, que se inicia aqui, passa a analisar alguns casos específicos de judicialização da política tributária brasileira, nesse sentido, tratar-se-á do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCD – do estado do Rio Grande do Sul, do Imposto Territorial e Predial Urbano – IPTU – do município de São Paulo e do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – também do município de São Paulo.

Esses casos serão primeiramente apresentados com seus traços gerais e, posteriormente, buscar-se-á compreender os argumentos que fundamentaram as decisões judiciais, com base nos perfis de julgadores trazidos por Sunstein, fazendo uma breve consideração acerca do propósito da pesquisa e, por fim, os últimos pontos desse capítulo serão dedicados a avaliar o impacto democrático que essas interferências judiciais na definição da progressividade têm trazido para o Estado brasileiro.

¹⁹⁹ No original: “Any particular approach to the Constitution, and the adoption of any Persona, must be defended on the ground that it makes the relevant constitutional order better rather than worse”. SUNSTEIN, C. R. *Constitution personae*. Oxford: University Press, 2015.

3.1. ESTUDOS DE CASO

Como exposto acima, a primeira parte deste capítulo será dedicada ao estudo de três casos em que houve uma possível interferência do Poder Judiciário na tentativa, por parte das esferas político-deliberativas, de estabelecimento de alíquotas progressivas de ITCD, IPTU e ITBI, sendo o primeiro no estado do Rio Grande do Sul e os dois últimos no município de São Paulo.

3.1.1. ITCD no estado do Rio Grande do Sul

O primeiro dos casos que se pretende abordar no presente trabalho diz respeito a interferência do Poder Judiciário na tentativa de definição de alíquotas progressivas por parte do Poder Legislativo gaúcho, cabe apontar, inicialmente, que a instituição do ITCD se dá pela Lei estadual nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989, e a regulamentação observa o Decreto nº 33.156, de 31 de março de 1989.

Nesse sentido, é importante que se traga algumas características desse imposto, que tem como fato gerador, conforme o art. 2º, I e II da Lei nº 8.821, a transmissão *causa mortis* e a doação de qualquer título de propriedade ou domínio útil de bens imóveis e de direitos relativos a estes bens, assim como de bens móveis, títulos, créditos, ações, quotas e valores de qualquer natureza e os direitos a eles relativos.

A base de cálculo deste imposto, conforme o art. 12 da referida Lei, é o próprio valor venal dos bens, títulos, créditos, ações, quotas e valores de qualquer natureza apurados mediante avaliação da Fazenda Pública Estadual ou avaliação judicial. A alíquota do imposto, relativa à transmissão *causa mortis*, é definida pelo art. 18, sendo configurada pela soma dos valores venais da totalidade dos bens compreendidos em cada quinhão, aplicando a eles a seguinte tabela:

Tabela 3: Alíquotas do ITCD para herança no Estado do Rio Grande do Sul

Faixa	Valor do quinhão (em UPF-RS)		Alíquota
	Acima de	Até	
I	0	2.000	0%
II	2.000	10.000	3%
III	10.000	30.000	4%
IV	30.000	50.000	5%
V	50.000		6%

Já no que se refere a transmissão por doação a alíquota é imposta com base no resultado da soma dos valores totais dos bens, conforme o art. 19 da Lei nº 8.821, aplicando a seguinte tabela:

Tabela 4: Alíquotas do ITCD para doação no Estado do Rio Grande do Sul

Faixa	Valor da transmissão (em UPF-RS)		Alíquota
	Acima de	Até	
I	0	10.000	3%
II	10.000		4%

Cabe apontar, entretanto, que essas alíquotas foram definidas no ano de 2015, por meio da Lei nº 14.741, e antes disso houve diversas formas de cobrança do ITCD no Rio Grande do Sul, o que merece um breve histórico.

Desde sua instituição, no ano de 1989, o ITCD do Rio Grande do Sul já era normalmente cobrado com base em alíquotas progressivas e/ou proporcionais, após o ano de 1998 o estado, que passava por uma crise fiscal severa, alterou as faixas das alíquotas visando uma maior arrecadação. Conforme se verifica na seguinte tabela:

Tabela 5: Alíquotas do ITCD para heranças e doações no Estado do Rio Grande do Sul

Período	1/1/1990-16/08/1993	17/8/1993-12/06/1996	13/6/1996-31/12/1997	1/1/1998-30/12/2009
Alíquota	UPF-RS	UPF-RS	UPF-RS(*)	UPF-RS(*)
Isenta (0)		Não superior a 12.000	Não superior a 12.260,23	Não superior a 10.509
1%	Não superior a 4.000	> 12.000 até 15.000	> 12.260,23 até 15.763,15	> 10.509 até 14.012
2%	> 4000 até 6000	> 15.000 até 20.000	> 15.763,15 até 21.017,53	> 14.012 até 17.515
3%	> 6.000 até 9.000	> 20.000 até 25.000	> 21.017,53 até 26.271,91	> 17.515 até 21.018
4%	> 9.000 até 12.000	> 25.000 até 30.000	> 26.271,91 até 31.526,29	> 21.018 até 22.769
5%	> 12.000 até 20.000	> 30.000 até 35.000	> 31.526,29 até 36.780,68	> 22.769 até 24.521
6%	> 20.000 até 30.000	> 35.000 até 40.000	> 36.780,68 até 42.035,06	> 24.521 até 26.272
7%	> 30.000 até 50.000	> 40.000 até 50.000	> 42.035,06 até 43.786,52	> 22.272 até 28.024
8%	> 50.000	> 50.000	> 43.786,52	> 28.024

Fonte: **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?**²⁰⁰

²⁰⁰ LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 14 e 15. Disponível em: https://www.pucrs.br/face/wp-content/uploads/sites/6/2016/03/43_EUGENIO-LAGEMANN.pdf. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

Essa alteração legislativa fez com que todos os valores de entrada fossem reduzidos, a faixa de isenção caiu de 12.260,23 Unidades de Padrão Fiscal do Rio Grande do Sul – UPF-RS – para 10.509 UPF-RS e a alíquota máxima passou a ser aplicada a todos os contribuintes com quinhão no valor acima de 28.024 UPF-RS, essa mudança, de fato, aumentou as receitas do Estado, mas ao mesmo tempo, ironicamente, diminuiu a progressividade do ITCD aumentando a sua proporcionalidade.

Nesse sentido, grande parte dos contribuintes gaúchos, insatisfeitos com a nova legislação, passaram a demandar junto ao Poder Judiciário para que não fossem cobradas as referidas alíquotas, alegando que a tal progressividade só seria permitida constitucionalmente no que se refere aos impostos de natureza pessoal, não sendo admitida aos impostos com natureza real, como é o caso do ITCD, tendo como argumento principal a redação do art. 145, §1º da Constituição Federal.²⁰¹

Esse entendimento se consolidou no Poder Judiciário do estado do Rio Grande do Sul e as demandas judiciais que visavam a revisão das alíquotas progressivas tendiam a dar ganho de causa aos contribuintes e definiam o pagamento da alíquota mínima para o ITCD, ou seja, 1% sobre o valor da herança ou da doação.

Esse embate no Poder Judiciário se estendeu por anos e por meio do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa discussão judicial, e mais especificamente o modo de atuação do Poder Judiciário, criou um imenso déficit arrecadatório, fazendo com que fosse proposta, antes do julgamento pelo STF do referido Recurso Extraordinário, uma nova regulamentação para os fatos geradores após 2010, por meio do Projeto de Lei nº 355 de 2009, que fixaria em 4% a alíquota para a herança de todos os valores acima do limite isento de 10.509 UPF-RS, e de 3% para as doações.²⁰²

²⁰¹ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 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, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

²⁰² Cabe citar o seguinte trecho da justificativa do Projeto de Lei nº 355 de 2009 que fez as alterações no sentido de estabelecer a alíquota fixa para o ITCD: “Embora a Resolução nº 9, de 1992, do Senado Federal estabeleça a alíquota máxima de 8% para o imposto de transmissão nas doações, a alíquota progressiva de 3% a 8% é substituída pela fixa de 3%, que corresponde à alíquota mínima atual e é compatível com a alíquota praticada pela maioria das Prefeituras para a cobrança do ITBI, evitando assim que o contribuinte simule operações de compra e venda que resultem em imposto menor, com prejuízo para o Estado. Nas transmissões "causa mortis" a alíquota progressiva de 1% a 8% é substituída pela alíquota média de 4%,

Cabe apontar que, além do impacto na arrecadação, essas novas definições da alíquota prejudicaram sobremaneira os contribuintes com menores capacidades contributivas, conforme se observa a partir deste seguinte trecho:

Reconhecendo que essa decisão prejudicaria os contribuintes com menores quinhões e que não demandavam a justiça, foi dado um prazo de ajuste de 90 dias aos mesmos, quando vigeu a tabela com alíquotas até o máximo de 4%, mantidos os intervalos aplicados desde 1998. Os contribuintes enquadrados em faixas acima dos 4% já estavam automaticamente favorecidos.²⁰³

Após o decurso de alguns anos foi prolatada a decisão do já citado Recurso Extraordinário, com a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski que entendeu por negar provimento ao Recurso, aduzindo os argumentos de que tributos reais não podem ter características progressivas, uma vez que a capacidade contributiva do contribuinte poderia não ser proporcional ao valor do bem que estava sendo transferido, seja por herança, seja por doação.

Portanto, extrai-se do julgado que a linha de argumento prevalecente na Corte foi de que o ITCD, por tratar-se de um tributo incidente nas transferências de bens e direitos a título gratuito, acaba por acarretar num acréscimo patrimonial do contribuinte, fazendo com que possibilite uma aplicação progressiva do tributo, no sentido da busca por uma maior justiça fiscal.

O Estado do Rio Grande do Sul, após tal decisão, fez aprovar a Lei nº 14.471 de 2015 que, dentre outras coisas, alterou o art. 18 da Lei nº 8.821, trazendo de volta o caráter progressivo das alíquotas do ITCD, como verificado na primeira tabela apresentada neste tópico do trabalho, porém, estabelecendo um limite de alíquota de 6%, ou seja, menor do que os 8% que já vigorou no Estado.

Há que se observar que essa atuação do Poder Judiciário, nesse caso específico, traz também consequências arrecadatórias, para tanto, essencial a referência à seguinte tabela que demonstra ano a ano a receita do Estado do Rio Grande do Sul em relação ao ITCD, desde a sua instituição, com menção, ainda, ao percentual arrecadado deste imposto em relação ao total da arrecadação daquele ano.

que era a alíquota praticada pelo Estado antes da vigência do ITCD". RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei nº 355 de 2009. **Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul**, 2009. Disponível em: <<http://proweb.procergs.com.br/Diario/DA20091120-01-100000/EX20091120-01-100000-PL-355-2009.pdf>>. Acessado em: 16 janeiro de 2022.

²⁰³ LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 14 e 15. Disponível em: https://www.pucrs.br/face/wp-content/uploads/sites/6/2016/03/43_EUGENIO-LAGEMANN.pdf. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

Tabela 6: Receita do ITCD e sua participação na receita tributária do RS de 1989 a 2015

Ano	Receita- R\$ bi,	% Receita Tributária	Ano	Receita – R\$ bi	% Receita Tributária
1989	-	-	2003	60,2	0,61
1990	CR\$ 586 mi	0,31	2004	62,2	0,58
1991	-	-	2005	63,0	0,51
1992	-	-	2006	61,5	0,47
1993	CR\$ 1,265 bi	0,63	2007	65,7	0,48
1994	11,3	0,52	2008	69,3	0,42
1995	20,3	0,56	2009	82,9	0,48
1996	23,1	0,55	2010	247,0	1,18
1997	23,5	0,55	2011	234,6	1,06
1998	30,1	0,67	2012	225,4	0,93
1999	34,5	0,70	2013	351,5	1,28
2000	33,7	0,56	2014	321,4	1,08
2001	40,5	0,57	2015	619,6	1,99
2002	50,6	0,65			

Fonte: **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** ²⁰⁴

A título de correção, cabe observar que onde se lê “R\$ bi” deve-se considerar “R\$ mi”, com isso observa-se nos números apresentados acima que a primeira década dos anos 2000 foi, de fato, marcada pelo baixo impacto arrecadatório dos valores de ITCD, resultado da já referida tendência do Poder Judiciário de decidir pela aplicação da alíquota mínima do imposto, ou seja, 1%.

Nota-se uma significativa diferença a partir do ano de 2010, fruto da aprovação da Lei nº 13.337 de 2009, que deixou fixas as alíquotas, que ultrapassavam a faixa de isenção, em 3% e 4% para a doação e a herança, respectivamente e alcançou-se a marca de 1,18% em arrecadação de ITCD em relação ao total de receita tributária arrecadada, marca até então histórica neste imposto.

Mas a mais significativa alteração se deu no ano de 2015, quando houve uma arrecadação recorde de ITCD que significou 1,99% de toda a receita tributária arrecadada, ou seja, um crescimento nominal de 92% na arrecadação se comparar com o ano de 2014. Isso se deu, principalmente, pelo fato de que neste ano foi aprovada a Lei nº 14.471 que redefinia as alíquotas progressivas do imposto, com início da aplicação a partir do

²⁰⁴ LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 14 e 15. Disponível em: https://www.pucrs.br/face/wp-content/uploads/sites/6/2016/03/43_EUGENIO-LAGEMANN.pdf. Acessado em: 15 de janeiro de 2022. p. 9.

próximo ano, e fez com que os contribuintes, na iminência das mudanças realizassem uma substantiva antecipação nos planejamentos relacionados a sucessão e a doação.²⁰⁵

Visto isso, cabe apontar a diferença de arrecadação entre os anos em que o Poder Judiciário interferia na definição das alíquotas de ITCD e os anos posteriores a decisão do STF que consolidou a matéria, em que a progressividade pôde ser aplicada conforme a opção legislativa realizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

A título de exemplo pode-se comparar os valores arrecadados de ITCD do ano de 2005 a 2009, período em que o Poder Judiciário estava interferindo diretamente na cobrança deste tributo, com o período de 2010 a 2014, em que apesar da alíquota não ser progressiva, houve o estabelecimento da alíquota fixa.

No primeiro período se tem um valor total de receita arrecadada, conforme a tabela acima apresentada, de R\$ 342,2 milhões enquanto no mesmo intervalo de tempo, entre os anos de 2010 e 2014, foi para os cofres públicos a quantia de R\$ 1.722,3 bilhões. Já analisando o período de 2015 a 2019 observa-se que, como já tratado anteriormente, o ano de 2015 teve um recorde de arrecadação no tocante ao ITCD, girando em torno de R\$ 619,6 milhões, já no ano de 2016 foi arrecadado R\$ 420,5 milhões, no ano de 2017 obteve-se o valor de R\$ 485 milhões, no ano de 2018 totalizando R\$ 567 milhões e no ano de 2019, infelizmente não há registro, na data dessa pesquisa, do valor arrecadado no site oficial da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Mesmo sem os valores do ano de 2019 observa-se que nos quatro anos de 2015 a 2018 arrecadou-se em torno de R\$ 2.092,1 bilhões.²⁰⁶

Se considerarmos pela média dos últimos anos pode-se afirmar que no ano de 2019 houve uma arrecadação de valores próximos a R\$ 400 milhões em ITCD, o que totalizaria, no período que estamos utilizando como exemplo, um valor aproximado de R\$ 2.5 bilhões, representando um aumento arrecadatório de ITCD de algo próximo a 600% se comparado ao período de 2005 a 2009 em que sofria a interferência do Poder Judiciário.

Essa conta é fundamental para que se perceba o impacto causado pela forma de atuação do Poder Judiciário gaúcho nessa matéria, tanto orçamentário, quanto no que

²⁰⁵ FREITAS, A. A. D. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser**, 2016. Disponível em: <<http://carta.fee.tche.br/article/imposto-sobre-herancas-e-doacoes-o-caso-do-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 17 janeiro de 2022.

²⁰⁶ **Análise Receita Orçamentária**. Disponível em: <https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/REC-CON_1.aspx>. Acesso em: 17 de janeiro de 2022.

se refere ao ideal democrático no tocante a separação dos poderes. Tratar-se-á de forma mais detida, no que se refere aos argumentos das decisões que ocorreram durante esse período, na segunda parte desse capítulo enquanto, no próximo ponto do trabalho, analisar-se-á a interferência do Poder Judiciário na tentativa de definição de alíquotas progressivas de IPTU no município de São Paulo.

3.1.2. IPTU no município de São Paulo

Inicialmente cabe apontar algumas características do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana para que se compreenda melhor sua aplicação.

O IPTU é de competência municipal, conforme aponta o art. 156, I, da Constituição Federal, sendo seu fato gerador definido pelo art. 32 do Código Tributário Nacional, em que se compreende como sendo “a existência do imóvel a título de domínio, pleno ou útil (enfiteuse), e a simples posse do imóvel, sito na zona que o CTN define como urbana, no conceito próprio de Direito Fiscal”²⁰⁷.

Já a base de cálculo do IPTU é definida pelo art. 33 do CTN e se resume no valor venal do imóvel, sendo que o artigo traz a seguinte ressalva no seu parágrafo único: “Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade”.

No município de São Paulo a regulamentação deste imposto se dá por meio da Lei Municipal nº 10.235/1986, entretanto, a discussão acerca da possibilidade de IPTU progressivo sobre a propriedade de imóveis urbanos, é anterior ao caso que será tratado no presente trabalho, inclusive já havendo posicionamento consolidado em Súmula pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido cabe, para que haja uma melhor compreensão do debate, um pequeno histórico sobre o tema.

Os municípios de Belo Horizonte, São Paulo e Porto Alegre, ainda no final da década de 1980 e início da década de 1990, editaram leis que instituíram o IPTU progressivo com base no valor venal do imóvel²⁰⁸. Essa opção por parte das casas legislativas municipais trouxe à tona uma discussão que já se estabelecia na doutrina tributária desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que a interpretação

²⁰⁷ BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 14ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 728.

²⁰⁸ GASSEN, V. SILVA J. de J. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

que boa parte dos juristas fazia era de que não haveria possibilidade de aplicar a progressividade em tributos com características reais, ou seja, aqueles que não levam em consideração, para a formação da base de cálculo, os aspectos pessoais do contribuinte, conforme já foi melhor tratado no primeiro capítulo deste trabalho.

A opção legislativa de Belo Horizonte, estabelecida pela Lei nº 5.641/1989, foi objeto de contestação judicial, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e a discussão acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 153.771-0/MG em que a Corte, no ano de 1997, acabou trazendo uma decisão que negava a possibilidade de progressividade para as alíquotas de IPTU, conforme se verifica na ementa:

EMENTA: IPTU. Progressividade. No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso Extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no Município de Belo Horizonte.

Observa-se, que com esta decisão o STF acabou apresentando o entendimento de que são inconstitucionais as leis que buscavam o estabelecimento da progressividade na cobrança do IPTU, com base em dois principais argumentos, sendo o primeiro a incompatibilidade dessa forma de gradação com as características próprias dos impostos reais e, segundo, que não há autorização constitucional expressa para que se possa adotar a progressividade como técnica específica de gradação para este tributo.

É salutar neste processo de contextualização observar que o constituinte originário formulou textualmente que o IPTU pode ser progressivo, inclusive com autores que defendem que todos os impostos comportam a progressividade, conforme se verifica no seguinte trecho:

No Estado Social, que precisava custear as prestações sociais positivas destinadas aos trabalhadores, a Capacidade Contributiva passou a ser fundamentada na Justiça distributiva, por meio da Solidariedade Social,

a informar o princípio da personificação aplicável a impostos, a partir da pesquisa de dados vinculados ao patrimônio e à renda do contribuinte, em todas as suas dimensões, uma vez que, (...), todos os fatos geradores dos impostos se reduzem a essas duas manifestações de riqueza. **O princípio da personificação se revela como o índice de capacidade contributiva aplicável aos impostos, admitindo a investigação do patrimônio, da renda e dos serviços do contribuinte (art. 145, § 1º, CF), inclusive nos impostos reais, não se confundindo com a pessoalidade ou personalização, característica dos impostos pessoais.**²⁰⁹

Nesse sentido, cita-se textualmente o art. 145, §1º da Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§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, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.²¹⁰

Como se verifica no texto do constituinte originário já havia a previsão constitucional da progressividade deste tributo real, mas mesmo assim, posteriormente, já no ano de 2000, a mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgou a Emenda Constitucional nº 29 que, dentre outras alterações, incluiu o inciso I e II, do parágrafo primeiro, do art. 156 da Constituição Federal apontando que “sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, inciso 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”.

Tendo em vista essa alteração legislativa, a matéria foi revista pelo Supremo, que em setembro de 2003 editou a Súmula nº 668 que define que “é inconstitucional a Lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Já em 2010 o STF se pronunciou sobre a constitucionalidade da referida Emenda Constitucional, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 423.768/SP, no qual

²⁰⁹ RIBEIRO, R. L. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 150.

²¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

foi unânime a decisão de reconhecer a validade da Emenda, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio.²¹¹

Nesse contexto que se dá o caso que se pretende tratar nesse trabalho. A Câmara de Vereadores da cidade de São Paulo aprovou a Lei municipal nº 15.889/2013, que atualizou os valores venais referentes ao metro quadrado dos imóveis daquela cidade, valor esse que, como já foi visto, é um dos componentes da base de cálculo do IPTU, fixou novos perímetros para a primeira e a segunda subdivisão da zona urbana do município e aumentou em até 20% as alíquotas para imóveis residenciais e até 35% para imóveis comerciais.²¹²

A proposta legislativa visava alterar os valores pagos pelos contribuintes, no que se refere ao IPTU, de forma a fazer com que a cobrança desse imposto respeitasse características relacionadas a progressividade tributária, levando em consideração o valor venal do imóvel, por exemplo, para majorar ou minorar a alíquota aplicada, respeitando, com isso a capacidade contributiva dos contribuintes e buscando uma maior justiça na cobrança do referido tributo.

Entretanto, Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram apresentadas pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP²¹³ – e pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, sob os processos número 0201865-26.2013.8.26.0000 e 0202182-24.2013.8.26.0000, respectivamente, visando a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei municipal.

Em um primeiro momento o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo respaldou o pedido e concedeu a liminar pleiteada pelos interessados, tendo trazido dois principais argumentos para a sua decisão, um relacionado a um eventual vício de procedimento legislativo, pela falta de audiência pública e uma eventual antecipação da votação do projeto de lei, e outro referindo-se a vícios materiais por violação a uma série

²¹¹ BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 14ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 761.

²¹² MANDEL, G. **Joaquim Barbosa mantém reajuste do IPTU suspenso em SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-20/barbosa-nega-pedido-prefeitura-sp-mantem-veto-reajuste-iptu>. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.

²¹³ Acerca da atuação do presidente da Fiesp na questão da progressividade de IPTU de São Paulo cabe a seguinte referência: “No final do ano passado, em mais uma de suas cruzadas, o presidente da Fiesp entrou em colisão com o prefeito paulistano, o petista Fernando Haddad, insurgindo-se, dessa vez, contra o aumento do Imposto Predial e Territorial Urbano, o IPTU. A Fiesp conseguiu derrubar o projeto na Justiça, depois de sua aprovação pela Câmara Municipal. Skaf falou que o aumento era “abusivo” e representava um ‘verdadeiro confisco’. Haddad o chamou de “demagogo” e disse que ele atuava para ‘prejudicar a cidade’”. In: DIEGUEZ, C. O candidato S: A máquina da Fiespe, as alianças e os métodos de Paulo Skaf. **Revista Piauí**. Edição 95, agosto de 2014. p. 8.

de princípios, motivos esses que serão tratados de forma mais detida nos próximos pontos do trabalho.

Por sua vez, o Município de São Paulo e a Câmara de Vereadores da mesma cidade ingressaram junto ao Supremo Tribunal Federal com dois pedidos de suspensão da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, resultando na decisão do Ministro Joaquim Barbosa que, em 20 de dezembro de 2013, negou seguimento aos pedidos de suspensão de liminar, mantendo, com isso, a decisão de inconstitucionalidade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No final do ano de 2014, a situação ainda não estava definida, foi quando o Tribunal de Justiça de São Paulo acabou cassando a liminar que ainda negava a possibilidade de imposição das alíquotas progressivas, a decisão do pleno julgou o mérito das duas ações, tanto a movida pela Fiesp, quanto a movida pelo PSDB, e acatou os pedidos da Câmara Municipal e da Prefeitura de São Paulo no sentido de possibilitar que a Lei nº 15.889/2013 estabelecesse a progressividade das alíquotas de IPTU.²¹⁴

No que se refere a repercussão orçamentária desses quase dois anos de suspensão da aplicação da progressividade na cobrança do IPTU, cabe se referir aos fundamentos da Suspensão de Liminar nº 745 proposta pelo Município de São Paulo e na Suspensão de Liminar nº 746, proposta pela Câmara Municipal de São Paulo, nos quais são apresentados alguns números de demonstram o impacto arrecadatário dessa interferência do Poder Judiciário na tentativa de definição da progressividade em relação a cobrança desse tributo.

Nesse sentido, aponta a SL nº 746:

Isso significa que haverá comprometimento de investimentos em diversas áreas de atuação municipal. Com efeito, em decorrência do v. acórdão combatido, deixarão de ser aplicados, ao menos, R\$ 248 milhões na área de educação, o que poderia ser empregado para construção e/ou reforma de escolas, aquisição de uniformes e de materiais escolares, pagamento de funcionários do setor educacional, dentre outros, comprometendo o acesso da população a uma educação de qualidade. Na saúde, estima-se que serão menos R\$ 120 milhões que poderiam ser investidos na manutenção, ampliação, reforma e/ou construção de hospitais e/ou postos de saúde, na aquisição de equipamentos hospitalares, na contratação de mão de obra especializada etc.

²¹⁴ Justiça derruba liminar que impedia reajuste do IPTU. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/orcamento2015/2014/11/26/justica-derruba-liminar-que-impedia-reajuste-do-iptu/>. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

Por sua vez, a SL nº 745 aponta que a arrecadação que foi frustrada com a interferência do Poder Judiciário implicou em:

- a) Impedir o aumento da oferta de serviços de saúde em cento e vinte leitos, além de prejudicar a operação dos serviços existentes, como o atendimento de emergência realizado pelo SAMU;
- b) Tolher a capacidade do município de construir e de operar escolas;
- c) Dificultar o pagamento das dívidas contraídas junto a União e os precatórios;
- d) Embaraçar o recolhimento da Contribuição ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP;
- e) Diminuir a manutenção dos serviços de conservação de prédios, de parques e de logradouros públicos, como a drenagem e limpeza;
- f) Obstar a instalação dos corredores de tráfego automotivo exclusivos;
- g) Segurar a expansão de serviços e auxílios sociais aos moradores de rua, às pessoas com necessidades especiais, aos munícipes em situação de risco e violência.

A segunda parte deste terceiro capítulo será dedicada a uma análise mais detida nos fundamentos de algumas decisões acerca dos casos trazidos, mas há de se observar que a decisão do Ministro Joaquim Barbosa, bem como a liminar do Tribunal de Justiça de São Paulo, vão de encontro não somente a uma leitura mais sistemática da Constituição Federal que permitiria, desde 1988, a aplicação de alíquotas progressivas, mas essas decisões contrariam, também, o texto da Emenda Constitucional nº 29 que regulamentou a matéria especificamente e, ainda, o próprio entendimento do STF consolidado por meio da já referida Súmula nº 668.

Os impactos trazidos na fundamentação das Suspensões de Liminar são essenciais para que se compreenda a gravidade da interferência do Poder Judiciário não só no que se refere ao respeito de questões basilares das democracias modernas, como a tripartição dos poderes, mas também do impacto que essas decisões tem no dia a dia das pessoas e, principalmente, no poder arrecadatário dos entes federados.

3.1.3. ITBI no município de São Paulo

Neste ponto do trabalho, com tudo que foi tratado nesse terceiro capítulo, pode-se perceber que há uma dificuldade em parte da doutrina brasileira, bem como dos membros do Poder Judiciário, de compreender a importância da instituição de alíquotas progressivas na cobrança de tributos, em especial aqueles tributos reais, nesse sentido, em relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis a forma de interpretar essa questão não foi diferente.

Cabe, inicialmente, trazer alguns apontamentos que caracterizam o ITBI. Esse imposto é de competência municipal, conforme estabelece o art. 156, II da Constituição Federal, possui seu fato gerador definido pela efetiva transferência da onerosa da propriedade imobiliária *inter vivos*, que ocorre mediante o registro do imóvel, e a sua base de cálculo é o próprio valor venal do imóvel, conforme avaliado para cobrança do IPTU, ou o valor que se efetuou a transação, aquele que for maior.²¹⁵

Ingressando agora no caso que se pretende estudar, cabe apontar que a Prefeitura Municipal de São Paulo, juntamente com a Câmara Municipal de Vereadores, promulgou, em dezembro de 1991, a Lei nº 11.154, que dentre outras coisas trouxe algumas inovações no que se refere ao ITBI, mais especificamente na majoração de alíquotas na medida em que a base de cálculo aumentava, instituindo, então, uma cobrança progressiva deste tributo.²¹⁶

Imóveis avaliados em até 3.000 Unidades Fiscais do Município de São Paulo – UFM – tinham sua alíquota estabelecida em 2%, de 3.000 a 5.000 UFM a alíquota passava a 3%, de 5.000 a 6.000 UFM a alíquota correspondente seria de 4% e acima de 6.000 UFM a alíquota representaria 6% do valor venal do imóvel ou do valor da transação, aquele que fosse maior.

Ocorre que foi apresentada a Arguição de Inconstitucionalidade nº 540.420-0/01 visando declarar a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 11.154. Entretanto o Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo entendeu que tal dispositivo não feria a norma constitucional e poderia ter sua progressividade estabelecida pela referida lei. Já em abril do ano de 1999 chegou ao Supremo Tribunal Federal a questão, por meio do Recurso Extraordinário nº 234.105-3 SP, interposto por contribuintes.

O referido Recurso chegou ao STF sob relatoria do Ministro Carlos Velloso e a decisão foi unânime do tribunal pleno da corte, no sentido de “conhecer do recurso e lhe dar provimento, declarando a inconstitucionalidade do art. 10, II, da Lei nº 11.154, de 30/12/1991, do Município de São Paulo/SP”.

Cabe, portanto, a transcrição do art. 10, da Lei nº 11.154, que foi objeto de todo o debate:

Art. 10 – O imposto será calculado:

²¹⁵ BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 14ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 820.

²¹⁶ **ITBI paulista continua gerando controvérsias jurídicas**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mar-02/cobranca_foi_mantida_mesmo_sendo_inconstitucional. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

II – nas demais transmissões, pelas seguintes alíquotas incidentes sobre as classes de valor definidas por número de Unidades de Valor Fiscal do Município de São Paulo – UFM:

Classe do Valor do Imóvel em UFM:	Alíquotas
Até 3.000 -----	2%
Acima de 3.000 até 5.000 -----	3%
Acima de 5.000 até 6.000 -----	4%
Acima de 6.000 em diante -----	6%

§1º. O imposto é calculado em cada classe sobre a porção do valor do bem, em Unidades de Valor Fiscais do Município de São Paulo – UFM, compreendidas nos respectivos limites.

§2º. O valor do imposto é determinado pela soma das parcelas correspondentes a cada classe.²¹⁷

Posteriormente, já no ano de 2003, o STF editou a Súmula 656 que define que “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”, sob o argumento de que não é possível o emprego da capacidade contributiva para os impostos de caráter real.

Atualmente, desde a promulgação da Lei nº 16.098, de 2014, as alíquotas de ITBI no município de São Paulo, sem considerar as exceções que são trazidas no inciso I do art. 10 da referida Lei, estão estipuladas no percentual fixo de 3%²¹⁸, desconsiderando então qualquer interferência da capacidade contributiva do contribuinte para que haja uma maior progressividade na cobrança do tributo.

Infelizmente não há registro na rede mundial de computadores das receitas tributárias do ano de 1991 para que se compare o valor arrecadado de ITBI durante aqueles anos, em que o tributo teve suas alíquotas majoradas de forma progressiva, com o modelo de cobrança atual que traz a alíquota fixa de 3%, mas pode-se imaginar que além de um déficit arrecadatório, uma vez que a proposta legislativa de 1991 trazia alíquotas de até 6%, houve certamente um menor respeito a capacidade contributiva do contribuinte e, conseqüentemente, uma menor justiça na cobrança do tributo.

Observa-se, com isso, que o caso do ITBI do município de São Paulo é mais um daqueles em que há uma forte interferência do Poder Judiciário na tentativa, por parte

²¹⁷ BRASIL. Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991. São Paulo, SP. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1116/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-transmissao-inter-vivos-a-qualquer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias-2021-11-26-versao-consolidada>. Acessado em: 17 de janeiro de 2022.

²¹⁸ “Art. 10 - O imposto será calculado: (...) II - nas demais transmissões, pela alíquota de 3% (três por cento)”. In: *Ibidem*.

das casas legislativas, de estabelecimento de alíquotas progressivas na cobrança dos tributos.

Sendo que este caso em específico chama a atenção por se tratar de um tributo com uma natureza tão parecida com a do ITCD, tratado anteriormente, só que possui uma abordagem completamente diferente pelo Poder Judiciário e por parte da doutrina tributária nacional, o que será melhor tratado nos próximos pontos da pesquisa.

Portanto, as próximas páginas do presente trabalho serão dedicadas a realização de algumas ponderações sobre as principais decisões judiciais dos três tributos aqui analisados frente ao fenômeno da judicialização da política e ao conceito de minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein.

3.2. PONDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS DOS ESTUDOS DE CASO FRENTE AO CONCEITO DE MINIMALISMO JUDICIAL

Tendo em vista tudo que foi exposto no segundo capítulo deste trabalho, bem como os três estudos de caso apresentados nos pontos anteriores, parte-se agora para uma análise de algumas decisões judiciais que demonstram importantes características do fenômeno da judicialização da política tributária brasileira, especialmente no que se refere a tentativa de estabelecimento de alíquotas progressivas, tendo como base conceitual a perspectiva trazida por Cass Sunstein de minimalismo judicial.

3.2.1. ITCD no estado do Rio Grande do Sul

Para que se atinjam os objetivos propostos por este trabalho e para que se consiga realizar uma análise crítica da postura do Poder Judiciário brasileiro, no que se refere a definição de características da matriz tributária, como se buscará fazer nos próximos pontos do trabalho, é fundamental que se faça uma análise mais detida das principais decisões relacionadas com os estudos de caso apresentados, começando pelo caso do ITCD do estado do Rio Grande do Sul.

Como visto no primeiro ponto deste capítulo, o Recurso Extraordinário nº 562.045/RS que foi ao Supremo Tribunal Federal e que teve sua repercussão geral reconhecida acabou alterando o entendimento acerca da possibilidade de cobrança de alíquotas progressivas de ITCD, esse Recurso tinha como polo passivo o espólio de Emília Lopes de Leon e tal decisão chegou ao STF depois de ter obtido, ainda em sede

de primeiro grau na justiça gaúcha, a redução para a alíquota mínima de ITCD, ou seja, de 1%.

Nesse sentido, cabe a verificação de alguns argumentos trazidos nessa primeira decisão para que depois analise-se os pontos específicos tratados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Acórdão nº 2007-267741, de 20 de março de 2007, sob relatoria do Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos aponta que pela nova tabela, que instituiu a progressividade na cobrança do tributo naquela oportunidade, o contribuinte seria responsável pelo recolhimento de 8% do total do espólio a título de ITCD, entretanto o Desembargador entendeu que

A QUESTÃO TRAZIDA À ANÁLISE ESTÁ RELACIONADA COM a inconstitucionalidade da progressividade de alíquotas. E no ponto, tem-se que ela vem sendo proclamada à exaustão, inclusive pelo STF, atingindo o sistema tributário como um todo.

Daí a razão estar com a parte agravada, não se aplicando a lei invocada pelo órgão fazendário estadual, como bem viu a decisão combatida.

(...)

Diante dessa situação, em virtude da apregoada inconstitucionalidade da progressividade do tributo instituída na referida lei, seguindo a linha de reiterados precedentes desta Corte, efetivamente deve ser aplicada a menor alíquota prevista, não assistindo razão ao recorrente.

Devendo-se acrescentar, outrossim, que o Órgão Especial do Tribunal Pleno, em recente pronunciamento sobre a matéria em incidente de uniformização de jurisprudência (IUI 70013242508, j. 10.04.05), entre Câmaras deste Tribunal, embora não alcançando maioria qualificada, assentou o entendimento, majoritariamente, no mesmo sentido da decisão agravada. (Grifo nosso)

Cabe, então, que se observe do que trata o referido Incidente de Uniformização de Jurisprudência – IUI – nº 70013242508, julgado em 10 de abril de 2006, pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que se compreenda melhor os argumentos apresentados:

CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFRONTO DE LEI ESTADUAL PERANTE A CARTA FEDERAL. POSSIBILIDADE DO CONTROLE DIFUSO E DE SEU JULGAMENTO PELO TRIBUNAL ESTADUAL.

1. No controle difuso, qualquer juiz poderá pronunciar a inconstitucionalidade de lei estadual perante a Constituição da República, e, tratando-se de órgão fracionário do Tribunal, caberá tal pronúncia ao Órgão Especial, nos termos do art. 97 da CF/88, consoante o incidente regulado nos artigos 480 e 481 do CPC. Não importa, para tal arte, que, na via direta e concentrada, o Tribunal local seja competente somente para pronunciar a inconstitucionalidade perante a Constituição do Estado (art. 125, § 2.º, da CF/88), pois o art. 97 da

CF/88 não é regra de competência, mas forma de julgamento da questão constitucional, em virtude do quórum exigido em casos que tais. Incidente conhecido. 2. Os impostos pessoais são aqueles em que o fato gerador é uma manifestação direta e objetiva da capacidade de contribuir do sujeito passivo, por isso, na definição do fato gerador desses impostos, são levadas em consideração as condições pessoais do sujeito passivo. Assim, nos impostos pessoais há uma relação direta entre o fato tributável, a sua dimensão econômica (base de cálculo) e as condições pessoais do contribuinte. A grandeza econômica do fato gerador é a própria mensuração objetiva da riqueza e da capacidade de contribuir do sujeito passivo. 3. Os impostos reais são aqueles em que a definição do fato gerador leva em consideração apenas a realidade tributável sem qualquer vinculação com a pessoa e as condições do sujeito passivo. O fato gerador e sua expressão econômica não têm vinculação direta com as condições pessoais do contribuinte porque a quantificação econômico-financeira do fato tributado não é um dado objetivo de mensuração e nem de expressão direta da capacidade de contribuir. O fato gerador significa, no máximo, um dado indireto e mediato da capacidade contributiva, ou um sinal exterior de riqueza que pode não corresponder à realidade da capacidade de contribuir, ao contrário do que ocorre nos impostos pessoais. **4. A progressividade tributária somente é possível, nos termos do § 1º do art. 145 da CF/88, nos impostos pessoais porque neles o fato gerador já é a própria expressão direta e imediata da capacidade contributiva. Nos impostos reais, cujo fato gerador não é manifestação objetiva da capacidade de contribuir, não pode haver progressividade tributária, pois esta é mecanismo que se liga diretamente à capacidade contributiva. A progressividade extrafiscal só pode ser adotada nos tributos reais se houver autorização constitucional expressa decorrente do Poder Constituinte Originário. A vedação de progressividade para os impostos reais, constante do § 1º do art. 145 da CF/88, ao lado das imunidades, da legalidade, da irretroatividade, é garantia constitucional e direito individual dos contribuintes, a qual não pode ser derogada por Emenda Constitucional decorrente do poder constituinte congressional ou meramente derivado.** 5. **A progressividade de alíquotas do ITCD, por ser um imposto real, é inconstitucional.** 6. INCIDENTE CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE, SEM PROCLAMAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE. (Grifo nosso)

Observa-se que os argumentos trazidos na decisão se baseiam principalmente na impossibilidade de estabelecer alíquotas progressivas para aqueles tributos considerados reais, uma vez que, segundo o entendimento deste tribunal, o art. 145, §1º da Constituição Federal permite que apenas os tributos com natureza pessoal possam ter as características progressivas.

Entretanto, se percebe que o texto da referida norma constitucional não traz essa vedação de forma clara, pelo contrário, o art. 145, §1º da Constituição Federal enfatiza que

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, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.²¹⁹ (Grifo nosso)

Cabe apontar que tal entendimento, consolidado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não prosperou, uma vez que após diversos pedidos de vistas e debates no Pleno do STF, o Recurso Extraordinário nº 562.045/RS foi julgado procedente no sentido de permitir que o ITCD possua alíquotas progressivas, sendo que a decisão trouxe a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Não participaram da votação os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ellen Gracie, Eros Grau e Menezes Direito, todos com voto em assentada anterior.²²⁰

Com isso, pela perspectiva teórica aqui adotada, observa-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal se deu no sentido de buscar uma maior justiça na tributação sobre o patrimônio, uma vez que com as alíquotas progressivas o ônus tributário maior se concentra naquelas camadas da população que, em tese, possuem maior poder aquisitivo.

Especialmente porque tanto a herança, quanto a doação de um patrimônio, podem ser considerados sinais de riqueza importantes para aferir a capacidade contributiva do contribuinte.

Nesse sentido, cabe a referência a um trecho importante do voto da Ministra Ellen Gracie nos autos do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS que estabeleceu o seguinte:

²¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

²²⁰ BRASIL. Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul. **Supremo Tribunal Federal**, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acessado em: 16 janeiro 2022.

O ITCMD permite mais do que uma simples presunção indireta da capacidade contributiva do contribuinte. Isso porque não se trata de um tributo que incida sobre a propriedade de um bem, por exemplo, de característica estática e dissociada da situação do contribuinte ou que tome qualquer outra realidade econômica de modo isolado.

O imposto sobre a transmissão causa “mortis” é devido pelo “beneficiário ou recebedor do bem ou direito transmitido” por ocasião do direto e necessário acréscimo patrimonial que a transmissão implica. Aliás, trata-se de um acréscimo patrimonial a título gratuito, que revela, por si mesmo, evidente e clara capacidade contributiva.

É que o imposto simplesmente implicará a redução do acréscimo patrimonial líquido. De modo algum, terá o contribuinte que dispor senão de parte do acréscimo percebido.²²¹

Mesmo com esse posicionamento do STF, a crítica que cabe a toda esta situação está no fato de o Poder Judiciário se envolver com questões de definição da matriz tributária brasileira sem que tenha competência constitucional para tanto, ou seja, mesmo que a decisão do STF no fim das contas se deu de forma, diga-se, materialmente correta, cabe o apontamento de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, acabou por usurpar competências exclusivas dos demais Poderes.

Sob este aspecto, considero fundamental citar o seguinte trecho de um dos debates do julgamento do referido Recurso Extraordinário, em que o Ministro Eros Grau bem elucida o ponto fundamental deste trabalho:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – A minha única observação - se me permitirem - é a seguinte: com relação à tal razoabilidade e à proporcionalidade, **só me sentiria habilitado a discutir essa matéria se eu me elegeisse membro da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, não no assento do Poder Judiciário.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E tenho certeza, se Vossa Excelência tivesse assento em uma das cadeiras, votaria pela aprovação dessa lei.²²² (Grifo nosso)

Essa passagem é um tanto quanto ilustrativa do argumento que o presente trabalho visa trazer, uma vez que se observa que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio das suas reiteradas decisões negando a progressividade da alíquota de ITCD, com base em uma alargada interpretação do art. 145, §1º, agiu como um típico tribunal com características heroicas, utilizando aqui as personas de Sunstein, enquanto o Ministro Eros Grau, com o trecho do debate acima citado, demonstrando sua deferência

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul**, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acessado em: 16 janeiro 2022.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acessado em: 16 de janeiro de 2022. p. 37.

ao processo político e assinalando que uma atuação minimalista do Poder Judiciário seria a mais interessante para o caso em análise.

3.2.2. IPTU no município de São Paulo

Passa-se, agora, a analisar o caso do IPTU do município de São Paulo que, como já tratado anteriormente, foi responsável pela quebra de paradigma do entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere a possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas para os tributos reais.

Como já assinalado anteriormente, a simples leitura do texto constitucional já permitiria a possibilidade da progressividade dos tributos reais, além disso, houve a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000 que expressamente tratou sobre a progressividade do IPTU, inclusive com decisão do Supremo Tribunal Federal declarando que tal Emenda era constitucional e, também, a edição da Súmula nº 668 do STF que regulou a possibilidade de progressividade de IPTU a partir da referida Emenda a Constituição.

Lembrando que a redação do art. 156 da Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 29, ficou assim:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso 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. (Grifo nosso)

Nesse contexto, de tamanha consolidação no debate tanto na esfera do Poder Judiciário, quanto nas esferas político-deliberativas, é que o caso do IPTU do município de São Paulo ganha contornos ainda mais expressivos no que se refere a judicialização da política tributária, uma vez que mesmo com todo esse arcabouço normativo, que permite que o governo municipal aplique alíquotas progressivas para esse tributo, que é de sua competência, o Poder Judiciário interferiu de forma gravosa tanto do ponto de vista arrecadatório, quanto do ponto de vista da visível invasão de competências dos outros poderes.

Observa-se, inicialmente, que no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelo PSDB e pela FIESP, respectivamente sob os processos número 0201865-26.2013.8.26.0000 e 0202182-24.2013.8.26.0000, o Poder

Judiciário se posicionou de forma a conceder a liminar suspendendo a aplicação da Lei Municipal nº 15.889/2013, como forma de esclarecer os argumentos cita-se trechos da decisão referente ao pedido do PSDB:

As postulações discorrem no sentido de que a Lei Municipal nº 15.889/2013 estaria eivada de inconstitucionalidades desde seu nascedouro até a matéria efetivamente tratada. Ou seja, em síntese, esclarecem que teriam ocorrido **vícios formais no trâmite e aprovação do Projeto de Lei nº 711/2013**, e, de maneira mais ampla, arguem as inconstitucionalidades que seriam precursoras dos **vícios materiais, apontando irregularidades em diversos artigos da Lei ora guerreada, além de alegarem violação aos princípios da razoabilidade, moralidade, isonomia, capacidade contributiva e vedação do efeito confiscatório.** (Grifo nosso)

Observa-se que os fundamentos trazidos para justificar o posicionamento do concessão da medida liminar se dão por dois principais motivos, o primeiro de que há vícios formais no trâmite de aprovação do Projeto de Lei e, o segundo, que há vícios materiais que indicam a violação de princípios constitucionais, como o da moralidade, razoabilidade, isonomia, capacidade contributiva e vedação ao efeito confiscatório.

Acerca da capacidade contributiva, cabe, ainda, citar um trecho pela visível caracterização de uma análise torpe do princípio,

Apesar de a capacidade contributiva ser presumida em razão do valor venal do imóvel, a planta de valores eleva demasiadamente e sem critério o valor venal da maioria estarrecedora dos imóveis, violando os Princípios da Capacidade Contributiva e do Não Confisco, o que imputa inconstitucionalidade ao imposto.

Em que pese o posicionamento da decisão ora analisada, há de se observar que o respeito ao princípio da capacidade contributiva, tratado pelo §1º do art. 145 da Constituição Federal, se dá justamente na busca por uma tributação mais justa em relação ao poder econômico do contribuinte de suportar tal exigência.

Isso faz com que esse argumento trazido na decisão se assemelhe muito àquele fenômeno tratado por Sunstein, e que foi apontado de forma mais detalhada no segundo capítulo do trabalho, qual seja de um juiz com características heroicas, que invalida atos dos outros poderes por meio de interpretações pessoais de normas ou de princípios abstratos, mas que se enxerga como um juiz soldado, ou minimalista, que é deferente as posições trazidas pelos órgãos legisladores.

Nesse sentido, cabe referência as seguintes palavras trazidas por Carraza:

Exige obediência ao princípio da capacidade contributiva o IPTU. Agora, com a vigência da nova Carta, o proprietário de amplo e luxuoso imóvel, situado em bairro residencial, deve proporcionalmente ser mais tributado, por via de IPTU, do que o proprietário de casa modesta, localizada em bairro fabril. Quando dizemos “deve ser

proporcionalmente mais tributado”, queremos significar que deve ser submetido a uma alíquota maior. (...) Enfatizamos que a capacidade contributiva, para fins de tributação por via de IPTU, é aferida em função do próprio imóvel (sua localização, dimensões, luxo, características etc.) e, não, da fortuna em dinheiro de seu proprietário. (...) A nosso ver, a só propriedade do imóvel luxuoso constitui-se numa presunção *iures et de iure*, de existência de capacidade contributiva (pelo menos para fins de tributação por via do IPTU).²²³

Com os já citados pedidos de Suspensão de Liminar interpostos perante o STF, por parte do Município de São Paulo e da Câmara Municipal de São Paulo, o Ministro Joaquim Barbosa manteve o posicionamento do Tribunal de Justiça, apontando que,

(...) parece-me que o risco imediato de consolidação de quadros irreversíveis pende em desfavor dos contribuintes. Na eventualidade de ser cassada a liminar, o município deverá cobrar o tributo, por dever de ofício e com a auto-executoriedade típica de todo e qualquer ato administrativo.

Contudo, uma vez recolhido o valor do tributo, sua restituição é demorada e custosa, no melhor dos mundos possíveis, consideradas as vicissitudes bastante conhecidas do precatório.²²⁴

A matéria só foi rediscutida no final do ano de 2014 quando o Tribunal de Justiça de São Paulo cassou a liminar que suspendia a aplicação da Lei Municipal nº 15.889/2013 e resultou na seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 15.889, DE 24 DE MARÇO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE DISPÕS SOBRE O IMPOSTO PREDIAL TERRITORIAL URBANO, DISCIPLINANDO SUA PROGRESSIVIDADE, ESTABELECEndo ALÍQUOTAS E ATUALIZANDO A PLANTA GENÉRICA DE VALORES DO MUNICÍPIO.

INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR NÃO SE VERIFICAR OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REGULARIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO NA CÂMARA DE VEREADORES.

INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DE VEDAÇÃO AO CONFISCO E DA PROGRESSIVIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL INDIVIDUAL NO CASO DE EVENTUAIS MAJORAÇÕES QUE RESTEM DESVINCULADAS DA REAL VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA.

AÇÕES CONHECIDAS EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADAS IMPROCEDENTES. (Grifos nossos)

²²³ CARRAZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64-65.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 745 - São Paulo**. Min. Joaquim Barbosa. 2014.

Tal julgamento indica não somente uma readequação do entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, mas demonstra as implicações práticas do fenômeno da judicialização da política, uma vez que nesse caso em específico havia toda a regulamentação da progressividade de IPTU que permitiria o município de São Paulo a promulgar a Lei nº 15.889/2013, incluindo aí Emenda Constitucional nº 29, decisões do Supremo Tribunal Federal, com a edição de Súmula, e todo o contexto que permitiria a aplicação de alíquotas progressivas de IPTU.

Nesse aspecto cabe observar uma questão em específico, uma das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que resultaram nessa suspensão da Lei foi apresentada justamente por um partido político – PSDB – que possui historicamente uma grande representatividade na capital paulista, e que ao perder na arena política optou por judicializar a questão, trazendo o Poder Judiciário para interferir em uma área que não lhe compete.

Essa utilização do espaço judiciário como uma extensão da esfera política já foi mais bem tratada no segundo capítulo, mas cabe observar que a utilização de mecanismos judiciais, principalmente aqueles que se referem ao controle de constitucionalidade, para interferir na esfera política muitas vezes se dá pelos próprios partidos políticos, que buscam atingir suas demandas políticas por meio do Poder Judiciário.

Observa-se, portanto, que o caso do IPTU de São Paulo é um típico caso de judicialização da política tributária, uma vez que o Poder Judiciário interferiu diretamente na opção política do município desconsiderando totalmente todas as normas e entendimento jurisprudencial relativos ao assunto. A atuação heroica do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao suspender liminarmente a aplicação da Lei nº 15.889/2013, demonstra claramente os impactos que a falta de deferência às opções dos representantes eleitos pode ter, tanto em questões relacionadas ao ideal democrático, quanto em questões relacionadas mais diretamente com o orçamento público.

3.2.3. ITBI no município de São Paulo

Por fim, como último estudo de caso da intervenção do Poder Judiciário na definição de alíquotas progressivas, que o trabalho se propõe, realizar-se-á algumas ponderações sobre a já referida tentativa, por parte da Prefeitura Municipal de São Paulo,

conjuntamente com a Câmara Municipal de Vereadores, de estabelecimento de alíquotas progressivas de ITBI, por meio da Lei Municipal nº 11.154/1991.

A Arguição de Inconstitucionalidade nº 540.420-0/01 foi o instrumento utilizado para que fosse tentada a declaração da inconstitucionalidade do art. 10, II, da referida Lei Municipal, entretanto, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo decidiu que a progressividade do ITBI, com base no valor venal do imóvel, estava de acordo com a norma constitucional, uma vez que este constitui “elemento objetivo, exteriorizador da capacidade contributiva do adquirente, sujeito passivo”²²⁵.

Para que melhor se compreenda essa primeira decisão sobre a Arguição de Inconstitucionalidade deve-se analisar um trecho mais extenso do voto do Juiz Ary Bauer, que assim aborda a situação:

(...) 2. Compete ao Município instituir o imposto de transmissão intervivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física (CR, art. 156, II). Ao instituí-lo, a Municipalidade de São Paulo impôs a progressividade das alíquotas, que variam de 2% a 6%, incidindo sobre classes de valor do imóvel definidos por quantidades de UFM **E nada a impedia de fazê-lo. Dispõe o parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição da República que, “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, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”**. ROQUE ANTONIO CARRAZZA ensina que tal dispositivo legal “não encera mera diretriz programática, incapaz de produzir efeitos, seja junto ao legislador seja junto ao juiz. Hodiernamente, a doutrina, de um modo geral, está de acordo quanto à natureza obrigatória do vínculo decorrente das normas constitucionais ditas programáticas e, destarte, quanto à inconstitucionalidade das leis que as afrontem” (Curso de Direito Constitucional Tributário, editora Revista dos Tribunais, pág. 63). Vale dizer que os destaques a serem objetivamente sopesados pelo poder tributante na graduação dos impostos se projetam sobre o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais assegurados na Lei Maior em atenção à sua capacidade econômica, de ordem que só se impede que sejam considerados em relação aos impostos ditos indiretos, como ocorre com o ICMS (obra e autor citados, pág. 64). O valor venal do imóvel constitui elemento objetivo, exteriorizados da capacidade contributiva do adquirente, sujeito passivo. Daí por que a progressividade fiscal, fundada no valor venal do imóvel, atende o mencionado preceito constitucional de natureza programática. A referida lei municipal adotou o critério da progressão graduada, em que cada alíquota maior é calculada somente sobre a parcela do valor compreendido entre o limite inferior e o limite superior, de sorte a exigir a aplicação de tantas

²²⁵ SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 540.420-0/01**. Ary Bauer. p. 107.

alíquotas quantas sejam as parcelas de valor para, afinal, serem somados todos os valores parciais, obtendo-se o montante do imposto a pagar (cf. KIYOSHI HARADA, em Sistema Tributário do Município de São Paulo, Ed. RT, pág. 150). **E tal progressão se dá em obediência ao princípio da isonomia, que está a exigir que a “lei tanto ao ser editada quanto ao ser aplicada: a) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente; b) discrimine, na medida das suas possibilidades, os contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente.** (ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, na obra citada, págs. 59/60). Aliás, está assentado na doutrina e na jurisprudência que o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem. (Grifo nosso)

Tendo em vista essa decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, foi interposto o Recurso Extraordinário por contribuintes que alegava principalmente ofensa ao art. 156 da Constituição Federal, trazendo os seguintes argumentos:

- a) O acórdão recorrido decidiu a questão com base no §1º do art. 145 da Constituição Federal, norma de caráter genérico, em oposição à taxatividade do que preconiza o art. 156 da mesma Carta, que é uma norma de caráter específico, ofendendo, dessa maneira, o princípio da legalidade estrita, norteador da matéria tributária;
- b) A Constituição Federal, em seu art. 156, admite a progressividade tão somente em relação ao IPTU, não estendendo ao ITBI;
- c) A Lei Maior enumerou, taxativamente, os impostos que devem ou podem ser exigidos de forma progressiva, quais sejam, o Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, § 2º, I), o Imposto Predial e Territorial Urbano (CF, art. 156, § 1º) e o imposto sobre Propriedade Territorial Rural (CF, art. 153, § 4º);
- d) O acórdão recorrido julgou constitucional o art. 10, II, da Lei municipal nº 11.154/91, o qual teve, desde a inicial, sua validade contestada.

O Ministro Relator Carlos Velloso votou no sentido de que a capacidade contributiva deve incidir sobre todos os tributos, mas só em alguns tributos pode haver a incidência dessa capacidade por meio da progressividade de alíquotas, sendo que no caso do ITBI a capacidade contributiva seria alcançada pela proporcionalidade do valor do preço de venda do imóvel, como se verifica no seguinte trecho da decisão:

Tem-se, portanto, a regra: enquanto a transmissão causa mortis, ou no imposto sucessorial, realiza-se o princípio da capacidade contributiva mediante alíquotas progressivas, na transmissão *inter vivos* aquele princípio realiza-se proporcionalmente ao preço de venda. Atualmente, a proporcionalidade é a regra, informa Misabel, tanto para um como para outra. (...) Menciona lição de Aires F. Barreto, no sentido de que “a progressividade dos impostos só cabe nos casos explicitamente previstos na Constituição” (Cadernos de Direito Tributário, RDT, pág. 87, 1991). Realmente, no “Curso de Direito Tributário”, coordenação de Ives Granda da Silva Martins, 4a ed., Ed. Cejup, vol. II, pág. 343,

Aires Barreto leciona que “cabe a lei ordinária definir a alíquota ou alíquotas aplicáveis. Ao nosso ver, também o ITBI não comporta a progressividade das alíquotas, à míngua de autorização constitucional”.

Observa-se na leitura do trecho acima que o Ministro Velloso compreende que a proporcionalidade relacionada com o preço da venda do imóvel já seria o respeito a capacidade contributiva que é constitucionalmente permitido. Entretanto, cabe assinalar que se não é vedado pelo constituinte originário essa progressividade está dentro das possibilidades que os órgãos políticos têm, no que se refere a autonomia e competência para definir se será uma alíquota proporcional ou progressiva, como foi feito pela Lei ora atacada.

A atuação do STF demonstra uma clara e inequívoca usurpação das competências dos órgãos políticos, uma vez que não havia necessidade de intervenção do Poder Judiciário que poderia ter atuado de forma a respeitar a escolha da Câmara Municipal de São Paulo no sentido de manter a progressividade das alíquotas de ITBI, uma atitude que estaria adequada a uma atuação minimalista, respeitando a vontade daqueles representantes eleitos pelo voto popular.

Deve-se, ainda, observar que foi editada, no ano de 2003, a Súmula nº 656, do Supremo Tribunal Federal, indicando a o entendimento do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do ITBI progressivo, *in verbis*: “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”.

É fundamental que se observe, entretanto, que até o advento da Constituição Federal de 1988, o ITBI e o ITCD estavam agregados em um único tributo conforme dispõe a Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, como se observa: “Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sôbre: I - transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os de garantia, bem como sôbre a cessão de direitos à sua aquisição”.²²⁶

Essa observação é importante porque são tributos muito similares, os quais foram separados pela Constituição Federal de 1988 de forma que houvesse uma repartição de competências no que se refere ao federalismo fiscal, dando a competência do ITCD para os estados e do ITBI para os municípios.

²²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acessado em: 19 de janeiro de 2022.

Questão essa, portanto, que demonstra ainda mais a falta de critério do Poder Judiciário na avaliação da progressividade dos tributos, o ITCD, como visto nos pontos anteriores tem sua progressividade permitida, enquanto a mesma Corte estabeleceu a inconstitucionalidade da cobrança de alíquotas progressivas de ITBI, por meio da já citada Súmula nº 656.

3.2.4. Breve consideração sobre os estudos de caso

O terceiro capítulo foi dedicado até agora para que se apresentassem alguns casos que ilustram a atuação do Poder Judiciário brasileiro no que se refere a definição de políticas tributárias, mais especificamente no tocante ao estabelecimento de alíquotas progressivas, que impactam diretamente nas características fundamentais da matriz tributária brasileira.

Entretanto, há de se fazer uma ressalva importante para a compreensão desta pesquisa, e que já foi trazida em alguns pontos deste trabalho, não se está defendendo aqui uma atuação do Poder Judiciário no sentido de impor a progressividade na cobrança dos tributos, mas sim, que se está diante de um assunto controverso o bastante para que as esferas políticas tenham discricionariedade para escolher qual a opção que será tomada, podendo optar legitimamente por modelos de tributação progressiva.

Os estudos de caso que foram trazidos demonstram que a progressividade na cobrança destes tributos acaba trazendo uma maior justiça fiscal e um maior respeito a capacidade contributiva, ou seja, a Constituição Federal de 1988, como opção política, nitidamente confere plausibilidade para as teorias que objetivam o estabelecimento de alíquotas progressivas para os tributos em análise. Não permitindo que o Poder Judiciário imponha teorias libertárias que em nada se coadunam com a realidade constitucional brasileira²²⁷.

²²⁷ Importante, neste ponto, lembrar o que traz o art. 3º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2022.

3.3. O HEROÍSMO JUDICIAL BRASILEIRO E A MANUTENÇÃO DA REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

No presente tópico pretende-se realizar uma avaliação do papel do Poder Judiciário no desenho institucional brasileiro tomando por base os estudos de caso tratados nos últimos pontos, o fenômeno da judicialização da política, observado pelas teorias do minimalismo judicial de Sunstein, e verificar o quanto o Judiciário tem atuado como possível fiador em um processo de manutenção das desigualdades sociais que assolam o Brasil.

Neste aspecto, busca-se retomar conceitos como o da matriz tributária, da progressividade tributária e do fenômeno da judicialização da política na tentativa de melhorar a compreensão do impacto democrático que as interferências do Poder Judiciário têm na atuação das esferas políticas no estabelecimento de políticas tributárias.

3.3.1. O impacto democrático das interferências do Poder Judiciário na matriz tributária brasileira

Deve-se perceber que quando se parte de uma perspectiva de que o Supremo Tribunal Federal é uma corte contramajoritária, representativa e, por fim, de vanguarda iluminista para guiar a sociedade brasileira rumo a um processo civilizatório²²⁸, como afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, se está desconsiderando boa parte daquilo que legitima os regimes democráticos-deliberativos.

O primeiro capítulo deste trabalho começou fazendo referência a uma passagem de Murphy e Nagel que afirma que a tributação é o instrumento mais importante para que um sistema político ponha em prática sua concepção de justiça²²⁹. De fato, a forma como um país lida com a distribuição do ônus tributário, e com a destinação dos recursos arrecadados, demonstra como esse país trata as questões ligadas a economia, a desigualdade social, a inclusão daqueles grupos economicamente mais frágeis, entre outras coisas.

Entretanto, a presente pesquisa demonstrou mais uma questão que interfere diretamente na caracterização de um país, que é a interferência do Poder Judiciário em assuntos estritamente políticos e o quanto esse *modus operandi* dos tribunais acaba

²²⁸ BARROSO, L. R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2022. p. 4.

²²⁹ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 5

acarretando em um deslocamento do núcleo decisório, responsável pelas tomadas de decisão, da esfera política para a esfera judiciária.

Cabe, para fins ilustrativos, e melhor compreensão da interferência do Poder Judiciário na matriz tributária brasileira, a lembrança do que ocorreu durante a segunda metade do século XVIII, quando os colonos norte americanos protestavam contra os tributos impostos pela Inglaterra sem que eles, os colonos, tivessem qualquer representante eleito no Parlamento britânico.

Nesse sentido, a expressão “*no taxation without representation*” se tornou um marco na revolução estadunidense e demonstra a importância da representatividade no estabelecimento dos tributos de modo geral. Como se observa no seguinte trecho de Ely:

As reivindicações “constitucionais”, portanto, eram muitas vezes jurisdicionais – por exemplo, de que o Parlamento não tinha autoridade para regular o “comércio interno” entre as colônias –, e eram em geral embasadas no argumento de que nós não tínhamos representação no Parlamento. **(É claro que os colonos, como todos nós, não gostavam de pagar impostos, mas o que eles consideravam tirânico era a tributação sem representação)**.²³⁰ (Grifo nosso)

John Hart Ely aponta, ainda, que o argumento mais utilizado pelos britânicos para justificar esta falta de representatividade dos colonos na imposição dos tributos poderia ser explicada pela chamada “representação virtual”, de forma que mesmo que os colonos não elessem seus representantes, eles estariam virtualmente representados no Parlamento britânico por aqueles representantes dos cidadãos ingleses, como se percebe no seguinte trecho:

É irônico, mas o velho conceito de ‘representação virtual’ pode nos ajudar aqui. O termo em si era anátema para nossos antepassados, já que era invocado como reação aos clamores de ‘sem representação, nada de tributação’. Mas o conceito continha em si uma ideia que sobreviveu na teoria política norte-americana e que, na verdade, influenciou nosso pensamento constitucional desde o começo. **Ao argumento dos colonos de que era errado, até mesmo ‘inconstitucional’, cobrar impostos da população quando ela não tinha o privilégio de enviar seus representantes ao Parlamento, os britânicos responderam que, embora as colônias de fato não elessem ninguém, elas estavam ‘virtualmente representadas’ no Parlamento.**²³¹ (Grifo nosso)

Tal argumento se assemelha, em termos, àquelas razões trazidas pelos defensores do processo de judicialização da política, ou seja, que mesmo que não sejam

²³⁰ ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 118.

²³¹ *Ibidem*. p. 109.

popularmente eleitos os membros do Supremo Tribunal Federal, tomando aqui este tribunal como exemplo, estes foram indicados pelo chefe do Executivo, que foi eleito por meio do voto popular, o que seria uma nova forma da “representação virtual”.

Sob este aspecto, entretanto, que cabe a crítica ao processo de judicialização da política que vem ocorrendo no Brasil, uma vez que essa representação virtual é extremamente fraca e carece de elementos democráticos que possam legitimar as opções feitas por uma corte. Esses ditos representantes, que se frise não foram eleitos, acabam tendo poderes legislativos sobre toda uma nação, ao ponto de definirem características fundamentais acerca das alíquotas tributárias, por exemplo.

Nesse sentido que cabe a verificação, como já foi tratado de forma mais detida no segundo capítulo deste trabalho, de que o modelo de separação dos Poderes utilizado no Brasil, ou em praticamente todas as democracias deliberativas, visa garantir que cada um dos poderes disponha de alguma autonomia, principalmente no que se refere a especialização funcional, que deve ser exercida com independência dos demais Poderes, sob um sistema de governo que busca a harmonia, mas tem suas funções potencialmente sobrepostas.²³²

Pode-se afirmar, portanto, que não cabe ao Poder Judiciário interferir na definição de características tão fundamentais da matriz tributária brasileira, uma vez que esta envolve opções políticas, como a observância do cumprimento de planos orçamentários acerca dos recursos públicos, que devem ser feitos respeitando o ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988, ou seja, pelos representantes eleitos pelo povo brasileiro.²³³

Nesse sentido, voltando a trazer o Ministro Barroso ao debate, uma vez que é ele um dos principais representantes dessa forma de observar a proeminência do Poder Judiciário no debate político, é importante que se atente às palavras de Bustamante:

A teoria do Ministro Barroso não possui, no entanto, essa ambição de neutralidade. Ela assume um princípio implícito que exige que o mercado não deve ser regulado, em uma economia modelada segundo o *laissez-faire*. Leis trabalhistas e direitos sociais devem ser enxergados

²³² OLIVEIRA, C. L. D.; MEDEIROS, I. K. Artigo 142: os problemas da tese de Ives Gandra. **Jota**, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/artigo-142-os-problemas-da-tese-de-ives-gandra-03062020>>. Acessado em: 19 de janeiro 2022.

²³³ Acerca da discricionariedade legislativa cabe o seguinte apontamento: “Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos”. DI PIETRO, M. S. Z. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acessado em: 19 de janeiro 2022.

com suspeição porque eles constituem uma forma potencialmente injustificada de paternalismo, que se coloca no caminho do progresso, ao passo que leis tributárias devem ser vistas com suspeição porque elas potencialmente criam custos sociais.

Essa visão é aceita não apenas como uma reivindicação política para reformas sociais. Ela é um princípio interpretativo que assume que é um dever das cortes promover ativamente esse modelo econômico quando elas desempenham o seu papel iluminista. A força do direito, seja ela encontrada em precedentes, leis ou na constituição, é sempre submetida a um *trade-off* com esse princípio, já que a teoria constitucional do Ministro Barroso adota um modelo de ponderação que considera as normas constitucionais sempre como valores comensuráveis.²³⁴ (Grifo nosso)

Essa interferência do Judiciário em questões tributárias traz, também, o que se pode chamar de ressignificação do princípio da legalidade tributária, uma vez que reformula o princípio estabelecido no art. 150, I, da Constituição Federal, qual seja, que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Portanto, a interferência do Poder Judiciário em questões tributárias demonstra uma violação a este princípio no sentido de que não seria mais necessário haver uma lei que aumentasse, estabelecesse ou, ainda, alterasse características da cobrança dos tributos, bastaria uma decisão judicial, como foi verificado nos casos específicos trazidos no início deste capítulo.

Como já apontado anteriormente neste trabalho há uma crescente consolidação do papel ativista do Poder Judiciário brasileiro e tem-se verificado uma também crescente quantidade de decisões que definem características da matriz tributária brasileira no sentido de substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes, concentrando nas mãos do Judiciário uma parcela de cada um dos outros Poderes, botando em risco o próprio Estado democrático de Direito e a segurança jurídica.

Nesse sentido, retornando a expressão que foi trazida no início deste tópico, “*no taxation without representation*” é um lema que aponta a importância da representação e do debate político para que se defina as características mais fundamentais da tributação de país, uma vez que não se pode assumir que alguns juízes, não eleitos, possuam um tipo de representação virtual que dê a eles um Poder quase que absoluto na hora de estabelecer as diretrizes fundamentais na construção do Estado brasileiro.

²³⁴ BUSTAMANTE, T. **A triste história do juiz que acreditava ser Hércules**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3714707>. Acessado em: 21 de janeiro de 2022.

3.3.2. O juiz herói como Robin Hood às avessas e a manutenção do *status quo* da desigualdade

Laura Carvalho faz uma análise do sistema tributário nacional utilizando uma alegoria daquilo que ela chama de Robin Hood às avessas, ou seja, a autora alega que “quanto mais desigual é a distribuição de renda inicial, menos o Estado atua para redistribuí-la”²³⁵, apontando que fenômenos, como o da regressividade tributária, fazem com que se crie desigualdades difíceis de serem superadas por meio de políticas de redistribuição de renda.

É fundamental que se acrescente a esta alegoria o papel que o Poder Judiciário tem na manutenção dessa inversão de característica do mítico herói inglês e, nesse sentido, com o que foi tratado até aqui deve-se fazer algumas considerações necessárias para que o trabalho seja encaminhado para o seu final e para possíveis conclusões.

Nesse sentido, observa-se que a matriz tributária brasileira tem como uma de suas características mais marcantes a visível regressividade na cobrança dos tributos, ou seja, o contribuinte brasileiro com menor capacidade contributiva acaba sendo onerado, proporcionalmente, de forma mais gravosa do que aqueles contribuintes que possuem uma melhor condição econômica.

Essa característica é essencial para que se compreenda, pelo menos em parte, o processo de manutenção da desigualdade social que há séculos assola o Brasil, uma vez que a própria tributação não auxilia para que as camadas mais pobres da sociedade tenham algum tipo de mobilidade social, de forma a escapar dessa zona de miséria e de exclusão dos bens básicos de consumo.

Nesse contexto, fazendo uma leitura das personas trazidas por Sunstein na obra “*Constitutional Personae*”, juntamente com os estudos de caso apresentados neste capítulo, é que se observa que, por vezes, a persona estereotipada do juiz herói acaba representando uma atuação que em nada se coaduna com o ideal democrático trazido pela Constituição Federal e, mais do que isso, acaba interferindo de forma substancial na tentativa, por parte dos outros Poderes, de estabelecer políticas que busquem, dentre outras coisas, o cumprimento dos objetivos da República trazidos pelo art. 3º da Constituição Federal de 1988.

²³⁵ CARVALHO, L. **Sistema tributário atua como Robin Hood às avessas**. Instituto Justiça Fiscal. Disponível em: <https://ijf.org.br/sistema-tributario-atua-como-robin-hood-as-avessas-por-laura-carvalho/>. Acessado em: 22 de janeiro de 2022.

Para Sunstein os juízes heróis tendem a invocar uma interpretação pessoal e ambiciosa da Constituição para que consigam invalidar decisões políticas dos outros poderes e isso se dá, principalmente, pelo fato de que esse perfil de julgadores acredita no potencial transformador que o Poder Judiciário tem na sociedade, justificando essa atuação em nome da própria Constituição.²³⁶

Essa atuação ativista dos juízes heróis, quando verificadas nos casos que foram apresentados há algumas páginas, demonstra uma clara tendência de não deferência às opções políticas, atingindo diretamente a discricionariedade dos representantes eleitos popularmente.

Fazendo com que a sua interpretação pessoal da Constituição Federal, ao negar a possibilidade de progressividade de alíquotas de ITCD, IPTU e ITBI, por exemplo, acaba acarretando em um aumento da já regressiva matriz tributária brasileira, contribuindo com a manutenção da desigualdade social.

Nesse sentido, outro ponto importante acerca da persona do juiz herói é que, via de regra, ele toma decisões contrárias ao *status quo*, ou seja, Sunstein aponta que pela característica da transformação social que esse perfil se propõe, os tribunais acabam promovendo inovações legislativas que alteram a conjuntura político-social de determinada nação. Já no que se refere as instâncias políticas, Sunstein indica, inicialmente, que elas seriam aquelas que têm interesse na manutenção do *status quo*.

Entretanto, Waldron pondera que:

Às vezes se diz que as instituições eletivas são incapazes de se reformar porque os legisladores têm um interesse arraigado no *status quo*. Isso pode ser verdade para alguns dos arranjos eleitorais e legislativos patológicos nos Estados Unidos. (...) É patentemente falso em outros lugares. Na Nova Zelândia, por exemplo, em 1993, o Poder Legislativo promulgou estatutos mudando o sistema de representação parlamentar de um sistema *first-past-the-post* para um sistema de representação proporcional, de uma forma que desestabilizou os padrões existentes de incumbência.²³⁷ (Tradução livre)

²³⁶ “They are entirely willing to invoke an ambitious understanding of the Constitution to invalidate the decisions of the federal government and the states. (...) But whatever their ideology, and whatever their favored approach to constitutional interpretation, Heroes believe in a large and potentially transformative role for the federal judiciary in the Constitution’s name”. In: SUNSTEIN, C. R. **Constitution personae**. Oxford: University Press, 2015. p. 5.

²³⁷ No original: “It is sometimes said that elective institutions are incapable of reforming themselves because legislators have an entrenched interest in the status quo. This may be true of some of the pathological electoral and legislative arrangements in the United States. (...) It is patently false elsewhere. In New Zealand, for example, in 1993 the legislature enacted statutes changing the system of parliamentary representation from a first-past-the-post system to a system of proportional representation, in a way that unsettled existing patterns of incumbency”. In: WALDRON, J. **Political Political Theory. Essays on institutions**. Boston: Harvard University Press, 2016. p. 354.

Sob esta perspectiva, apesar da tendência inicial ser de se identificar o Poder Judiciário sendo *anti-status-quo* e as Casas Legislativas serem *pró-status-quo*, Sunstein faz uma ressalva importante, que cabe perfeitamente para a análise que este trabalho se propõe.

O autor aponta que não se deve partir do pressuposto que essa tendência contrária ao *status quo* signifique que os membros do Poder Judiciário atuarão de forma mais progressista, por exemplo, buscando necessariamente um avanço em questões controversas ou, como nos casos que foram trazidos na presente pesquisa, em atingir uma maior equidade ou justiça na cobrança dos tributos.

Pelo contrário, muitas vezes essa “inovação” que eles trazem é de retorno a um *status quo* antigo, vide aqueles juízes conservadores que buscam, por meio de suas decisões, o retorno a um período passado, como, citando um exemplo trazido pelo autor, de um juiz que decide de determinada forma porque quer voltar a uma situação anterior ao *New Deal*, como se verifica no seguinte trecho:

Mas a restauração de algum *status quo* anterior conta como uma forma de transformação, e alguns heróis (conservadores) insistem na restauração – por exemplo, para uma era real ou imaginada antes do *New Deal*, ou para o período anterior à década de 1950. (...) Nos últimos anos, juízes heróicos, com fortes inclinações conservadoras, votaram para invalidar o *Affordable Care Act*, leis de financiamento de campanha, leis de controle de armas e programas de ação afirmativa.²³⁸ (Tradução livre e grifo nosso)

Portanto, esse modo de atuar do Poder Judiciário se dá no sentido de defesa dos interesses privados do contribuinte sobre o interesse público, objetivando a manutenção de um *status quo* social, por partilhar de uma compreensão de que o Estado em si, bem como a busca por arrecadação, fere os interesses individuais dos cidadãos, sem perceber – ou percebendo – que esses interesses privados não são sustentados em uma democracia moderna se não por meio da tributação.

Ran Hirschl, tratando sobre a questão da manutenção do *status quo* pelo Poder Judiciário ainda aponta que:

A natureza institucional, *pró-status-quo* e inerentemente pacificadora do sistema legal é especialmente significativa quando reivindicações por justiça restaurativa que têm implicações potencialmente revolucionárias para a redistribuição de riqueza e poder (como a

²³⁸ No original: “*But restoration of some previous status quo counts as one form of transformation, and some (conservative) Heroes do insist on restoration—for example, to a real or imagined era before the New Deal, or to the period before the 1950s. (...) In recent years, heroic judges, with strong conservative inclinations, have voted to invalidate the Affordable Care Act, campaign finance laws, gun control laws, and affirmative action programs.*”. In: SUNSTEIN, C. R. *Constitution personae*. Oxford: University Press, 2015. p. 6.

reconstrução da África do Sul pós-apartheid ou a luta pelos direitos dos povos indígenas em sociedades colonizadas) são transferidos da esfera política potencialmente aberta para a esfera judicial inerentemente mais conservadora.²³⁹

Essa perspectiva trazida por Sunstein, e corroborada por Hirschl, ilustra de forma pontual a crítica que a presente pesquisa se propõe, uma vez que a atuação do Poder Judiciário nos casos do ITCD, do IPTU e do ITBI demonstra uma tendência de manutenção de um *status quo* de regressividade tributária, que em muito contribui para a promoção da desigualdade social.

Uma vez que, quando há vontade legislativa de estabelecer a progressividade tributária, buscando atingir uma maior equidade na cobrança dos tributos e o rompimento com um *status quo* da regressividade tributária²⁴⁰, há, também, por meio da intervenção do Poder Judiciário, decisões que evitam que as escolhas dos representantes eleitos popularmente sejam aplicadas, de forma a manter o *status quo* vigente.

Até porque, nos casos tratados, os membros do Poder Judiciário interferem nas decisões políticas não como uma forma de fazer com que a tributação nacional seja realizada de forma mais equânime ou mais “justa”, o que seria também condenável do ponto de vista da falta de deferência àquelas opções das esferas políticas, mas a atuação dos tribunais se dá de forma a aumentar a carga tributária para aqueles contribuintes que menos possuem capacidade contributiva.

Sob esta perspectiva que a noção do minimalismo judicial proposto por Sunstein é tão importante como ferramenta propulsora de uma democracia deliberativa, uma vez que se os membros do Poder Judiciário julgam de forma a evitar grandes decisões – atuando de forma rasa e estreita, nas palavras do autor – e sendo deferentes a escolha política, eles estão dando aos representantes eleitos popularmente a possibilidade de manutenção ou não de um *status quo* vigente.

²³⁹ No original: “*The institutional, pro-status-quo, and inherently pacifying nature of the legal system is especially significant when claims for restorative justice that have potentially revolutionary implications for the redistribution of wealth and power (such as the reconstruction of post-apartheid South Africa or the struggle over indigenous peoples’ rights in settler societies) are transferred from the potentially open-ended political sphere to the inherently more conservative judicial sphere*”. In: HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 198 e 199.

²⁴⁰ Sobre este ponto indica Lagemann: “O sistema tributário existente funciona como fator de manutenção do *status quo*. (...) E nesse processo dificilmente se conseguirá realizar alterações significativas, pois as estruturas existentes podem estar bem assimiladas pelo fisco e pelos contribuintes. Daí se origina a assertiva de que “imposto bom é imposto velho”. In: LAGEMANN, E. **Tributação: Seu Universo, Condicionantes, Objetivos, Funções e Princípios**. In: GASSEN, V. (Org). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2. ed. rev., atual., aum. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 19.

Dentro de uma democracia deliberativa deve-se perceber que cabe ao povo, por meio dos seus representantes eleitos, a avaliação acerca da transformação social que se deseja, de forma que a delegação a um tribunal não eleito apenas cria um grupo de cidadãos privilegiados, que utilizam de uma interpretação pessoal do texto constitucional para manter seus privilégios dentro de um *status quo* que os beneficia.

Sobre este aspecto aponta Neves:

Tendenciosamente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, é posta de lado. Ela não atua, pois, como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos 'donos do poder', mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles. (...) Em certa medida, a Constituição só é caracterizada se interesses de grupos não privilegiados não são comprometidos. (...) Mas se o *status quo* é ameaçado, eles tendem a fórmulas, conciliatórias que 'rompem' ou 'escavam' a Constituição. **Reformas sociais dentro da 'ordem constitucional' são frequentemente caracterizadas como subversivas, tão logo ponham na ordem do dia a abolição de privilégios e/ou a introdução eventual de medidas favoráveis a subcidadania.** Atrás da não identificação formal do texto constitucional estatuído, encontra-se a identidade da realidade constitucional com as classes e grupos privilegiados, de tal maneira que a institucionalização dos direitos fundamentais é estruturalmente deturpada. (...) Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos.²⁴¹ (Grifos nossos)

Observa-se, com isso, que o Poder Judiciário ao utilizar de interpretações constitucionais duvidosas para negar a possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas de ITCD, IPTU e ITBI está na verdade atuando de forma a manter, ao menos em parte, o caráter regressivo da tributação nacional.

Nesse sentido, cabe mais uma vez a reflexão de que não se está defendendo neste trabalho que o Poder Judiciário decida de forma a garantir que os tributos tenham alíquotas progressivas, mas sim que se está diante de um consenso razoável acerca da possibilidade das esferas políticas tomarem uma decisão, por meio de um processo legislativo válido, que estabeleça alíquotas progressivas nos impostos que foram trazidos nos estudos de caso.

²⁴¹ NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In Dados - **Revista de Ciências Sociais**. vol 32, nº 2. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1994. p. 45.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma variada gama de direitos e garantias e é considerada uma constituição programática²⁴², uma vez que define tarefas e programas que os poderes públicos devem se orientar na sua atuação. O Estado brasileiro, nesse sentido, é caracterizado por ser um Estado amplo que atua nas mais diversas áreas, como saúde, educação e assistência social, estando distante de uma perspectiva neoliberal de Estado mínimo²⁴³, o que dificulta ainda mais a defesa de uma atuação do Poder Judiciário como a que se apresentou nas últimas páginas deste trabalho.

Portanto, tendo em vista a opção política que foi feita em 1988, que resultou na promulgação da Constituição Federal, se percebe que as teorias que apoiam a progressividade na cobrança dos tributos, como o ITCD, o IPTU e o ITBI são plausíveis o suficiente para que se exija uma não intervenção do Poder Judiciário.

Por outro aspecto, as teorias libertárias, que defendem a regressividade tributária nesses casos em específico, utilizando de princípios abstratos como o do não confisco, por exemplo, não são incontroversas o bastante para exigir esse tipo de intervenção, cabendo ao Judiciário apenas verificar se a opção legislativa contraria radicalmente os preceitos trazidos pela Constituição Federal²⁴⁴, o que já foi visto não ser o caso.

²⁴² “(...) A segunda causa é a adoção de uma constituição abrangente, com normas programáticas que tratam de matérias que ordinariamente são relegadas ao processo político majoritário. A Constituição de 1988, mais do que qualquer outra em nossa história, tratou de constitucionalizar políticas públicas”. In: OLIVEIRA, C. L. D.; CONTI, L. E. L. Judiciário como “vanguarda” e intérprete do “sentimento” popular: populismo judicial no julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no STF. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 7. 2021, nº 3. pp. 511-538. p. 516.

²⁴³ Cabe aqui a referência ao que Bustamante aponta na sua crítica a atuação do Ministro Luís Roberto Barroso: “Os dois casos citados nessa seção se entrelaçam em um importante sentido. Em ambos, podemos observar uma ponderação entre o conteúdo da constituição e o valor último de maximizar a riqueza e reduzir custos sociais, segundo um modelo neoliberal. É razoável se concluir, portanto, que o pensamento do Ministro Barroso sobre direitos econômicos e sociais, nesses casos (como em vários outros que eu poderia citar) são conduzidos sob premissas econômicas estranhas ao direito e à constituição. Mais uma vez, trata-se de um raciocínio baseado em valores últimos, privados, não compartilhados pela comunidade e não referendados em leis ou em eleições, ao invés de um raciocínio fundado em normas constitucionais específicas.” In: BUSTAMANTE, T. **A triste história do juiz que acreditava ser Hércules**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3714707>. Acessado em: 21 de janeiro de 2022

²⁴⁴ Cabe nesse ponto a lembrança da decisão da Ministra Ellen Gracie na ADI nº 3510/DF em que a ministra alegou que o STF não era uma academia científica para dizer quando a vida humana começa, nas seguintes palavras: “Afirmo, em síntese, nessas linhas, que a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que não somos uma academia de ciências. O que nos cabe fazer, e essa é a província a nós atribuída pela Constituição, é contrastar o artigo 5º da Lei nº 11.105 com os princípios e normas da Constituição Federal”.

CONCLUSÃO

Para que se alcance uma conclusão mais geral, abarcando todos os temas tratados no presente trabalho, é necessário que se parta fazendo uma síntese, sistematizada por capítulos e por aquilo que cada um destes capítulos trouxe de mais relevante.

No capítulo I, como uma discussão mais de fundo, houve referência a cisão entre Estado e propriedade como uma forma de embasar a perspectiva de que os tributos são fenômenos pós tributários e que se deve ter cuidado com o processo de naturalização das convenções. Processo este que é uma tendência de observar acordos e convenções realizadas em determinado momento histórico como algo que está posto, como algo natural e imutável.

Esta perspectiva é fundamental para que se perceba que o fenômeno tributário não é algo descolado da realidade, mas sim um instrumento garantidor de que o Estado, visando manter a sociedade coesa, consiga ter os meios materiais necessário para promover os direitos e garantias individuais.

Perspectiva esta que está diametralmente oposta a ideia de que a tributação é uma invasão na esfera privada do contribuinte e que o Estado estaria, ao tributar, limitando os direitos do cidadão, uma vez que esses direitos, sem a estrutura estatal mantida pelos tributos, não passariam de meras abstrações.

Esses são alguns pressupostos que demonstram a importância que o fenômeno da tributação tem nas sociedades democráticas hodiernamente, ressaltando-se que foi proposto o conceito de matriz tributária, como uma abordagem que observa o fenômeno tributário sendo o resultado de escolhas – frisa-se, políticas – no campo da ação social, em um determinado momento histórico.

Portanto, as características do modelo tributário a ser adotado devem estar relacionadas diretamente com as opções realizadas pela comunidade política que representa os anseios populares, para que haja uma conformação dessas escolhas, no que se refere a legitimidade, com questões relacionadas ao ideal democrático.

Já no capítulo II tratou-se acerca do fenômeno da judicialização da política, demonstrando, inicialmente, que o empoderamento e a igualdade política dos cidadãos são as características que representam de forma mais fundamental o Estado democrático de Direito, uma vez que confere legitimidade àqueles que foram trazidos ao centro do poder decisório após as revoluções burguesas.

A questão da separação dos poderes foi abordada de forma a demonstrar que a perspectiva contemporânea desse instituto traz a questão da especialidade funcional como uma melhor justificativa do que o simples controle dos atos, por meio dos *checks and balances*. No sentido de que a clássica tripartição dos poderes se dá porque cada uma dessas esferas tem dinâmicas específicas relacionadas aos fins que elas se propõem.

Essa perspectiva, de evitar observar a separação dos poderes apenas pela ótica do controle, é fundamental para que haja uma maior deferência do Poder Judiciário em relação às escolhas tomadas pelos representantes eleitos popularmente, uma vez que se o controle for a maior das justificativas isso acaba acarretando, conseqüentemente, em um engrandecimento das competências do Poder Judiciário.

O que enseja o fenômeno da judicialização da política, onde, em decorrência de uma atuação ativista do Poder Judiciário, a esfera decisória de questões fundamentalmente políticas é transferida dos órgãos deliberativos para aqueles judiciários. Fazendo com que essa proatividade judicial acabe se convertendo em uma possível usurpação das competências e prerrogativas dos outros Poderes.

Nesse sentido que se dá a importância do minimalismo judicial, como um modelo de atuação do Poder Judiciário que visa promover a própria democracia deliberativa, uma vez que essa atuação busca garantir uma maior deferência às opções políticas, resultando, necessariamente, em uma maior inclusão dos indivíduos na tomada de decisão governamental.

Por fim, o capítulo III traz alguns casos para serem estudados – o ITCD no estado do Rio Grande do Sul, o IPTU no município de São Paulo e o ITBI também na capital paulista. Apesar desses três tributos terem características específicas e o processo de judicialização ter tido caminhos e resultados diferentes, pode-se apontar algumas similaridades nos casos, que auxiliam na compreensão da interferência do Judiciário em questões relacionadas a tributação.

Os atributos similares destes casos residem, principalmente, no fato de que a comunidade política – Poder Legislativo e Poder Executivo – de cada um destes entes federados acabou fazendo escolhas no que se refere ao estabelecimento de alíquotas progressivas, como uma forma de buscar uma maior arrecadação e, ao mesmo tempo, estabelecer uma maior equidade na cobrança dos referidos tributos, respeitando a capacidade econômica dos contribuintes.

Ocorre que em todos os casos houve interferência do Poder Judiciário, em especial por meio do controle de constitucionalidade, para declarar que as leis eram

inconstitucionais uma vez que, entre outras coisas, teriam inconsistências no processo legislativo e estavam em desacordo com diversas questões relacionadas a princípios constitucionais.

Essa atuação do Poder Judiciário trouxe impactos importantes no que se refere ao orçamento público e, também, no ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988. Isso se dá principalmente porque se observa que esta interferência extrapola as competências constitucionalmente estabelecidas, fazendo com que questões que deveriam ser debatidas no âmbito político sejam decididas utilizando princípios de textura aberta para justificar a escolha de manutenção de um *status quo* da desigualdade social.

Aponta-se esta questão do *status quo* porque se compreende, com os argumentos trazidos no decorrer do trabalho, que a negação da progressividade tributária é uma tentativa de permanecer em um ambiente que não auxilia em nada na distribuição de riquezas do país, mas pelo contrário, assevera ainda mais as desigualdades que há séculos oneram mais àqueles contribuintes com menor capacidade contributiva, enquanto beneficiam aqueles que mais poderiam, e deveriam, contribuir.

Observa-se que este argumento não se constrói para que o Poder Judiciário atue de forma a defender a progressividade na tributação, mas sim que se está diante de uma discussão que é controvertida o suficiente para que não justifique a interferência judicial no sentido de impor teorias libertárias.

Apresenta-se neste trabalho argumentos em favor da aplicação de alíquotas progressivas de ITCMD, de IPTU e de ITBI, entretanto não se está defendendo que o Poder Judiciário deva atuar para o estabelecimento dessas alíquotas, mas sim que a promulgação de leis que estabelecem as alíquotas progressivas são suficientemente plausíveis para que não haja uma intervenção do Poder Judiciário na escolha política dos representantes do povo.

Nesse sentido, a opção política que foi feita na Assembleia Constituinte de 1987 confere razoabilidade para essas teorias que defendem a progressividade tributária, permitindo que as esferas políticas optem legitimamente por modelos de tributação progressiva.

Portanto, tendo em vista todo o exposto, é que se percebe que nestes casos em específico o Poder Judiciário tem atuado como um fiador da regressividade tributária, uma vez que mesmo quando há vontade política dos órgãos deliberativos para o estabelecimento de alíquotas progressivas, o que seria importante para o cumprimento de

tantos objetivos constitucionais, o Poder Judiciário atua de forma a prejudicar essas propostas, mantendo o maior ônus tributário sobre os ombros daqueles que menos possuem forças (econômicas) para sustentá-lo.

REFERÊNCIAS

- AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Análise Receita Orçamentária**. Disponível em: <https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/REC-CON_1.aspx>. Acesso em: 17 de janeiro de 2022.
- ARGULHES, D. W. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 81-105.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ediouro, s/d.
- ARNAUD, André-Jean (org). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- ATALIBA, G. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 14ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARCELLOS, A. P. 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**. 2006.
- BARROSO, L. R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 7 de dezembro de 2021.
- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**. v.4, n.15, 2001.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr/jun 2005. 1-42.
- BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BATISTA JÚNIOR, O. A. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, jan/jun 2011. 305-341.
- BICALHO, G. P. D. **A construção do estado social brasileiro na transição da modernidade: a extrafiscalidade como instrumento de legitimação do estado social**

na perspectiva funcional do direito. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. 14ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política.** 13ª. ed. Brasília: UNB, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acessado em: 19 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de janeiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991. São Paulo, SP. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1116/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-transmissao-inter-vivos-a-qualquer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias-2021-11-26-versao-consolidada>. Acessado em: 17 de janeiro de 2022.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul. **Supremo Tribunal Federal**, 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acessado em: 16 janeiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 745 - São Paulo.** Min. Joaquim Barbosa. 2014.

BUSTAMANTE, T. **A triste história do juiz que acreditava ser Hércules.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3714707>. Acessado em: 21 de janeiro de 2022

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, L. **Sistema tributário atua como Robin Hood às avessas.** Instituto Justiça Fiscal. Disponível em: <https://ijf.org.br/sistema-tributario-atua-como-robin-hood-as-avessas-por-laura-carvalho/>. Acessado em: 22 de janeiro de 2022.

CARVALHO, P. D. B. **Curso de direito tributário.** 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, G. P. C. L. D.; GARTNER, I. R. O efeito da função orçamentária alocativa na redução da desigualdade de renda no Brasil: uma análise dos gastos em educação e saúde no período de 1995 a 2012. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, mar. abr. 2017.

- D'ARAÚJO, P. J. S. **Entre a transparência e a ilusão: a regressividade cognitiva da matriz tributária brasileira**. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.
- DAHL, R. A. *On democracy*. 2ª ed. New Haven: Yale University, 2015.
- DALLARI, D. D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio à segunda edição. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- DI PIETRO, M. S. Z. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acessado em: 19 de janeiro 2022.
- DIEGUEZ, C. O candidato S: A máquina da Fiespe, as alianças e os métodos de Paulo Skaf. **Revista Piauí**. Edição 95, agosto de 2014.
- DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Nova Jersey, *Princeton University Press*, 2006.
- ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FREITAS, A. A. D. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser**, 2016. Disponível em: <<http://carta.fee.tche.br/article/imposto-sobre-herancas-e-doacoes-o-caso-do-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 17 janeiro de 2022.
- GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- GASSEN, V. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado a Constituição e a Tributação no Brasil. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- GASSEN, V. SILVA J. de J. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- GASSEN, V. **Tributação na origem e destino: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GASSEN, V.; VALADÃO, M. A. P. **Tributação nos Estados Unidos e no Brasil: estudo comparativo da matriz tributária (atualizado com a reforma tributária Trump)**. São Paulo: Almedina, 2020.
- GODÓI, M. S. D. Crítica à visão libertarista do Tributo e do Direito Tributário. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: Diálogos**

sobre Estado, Constituição e Tributação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 105-119.

GODOI, M. S. de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n.5, 2017.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *The federalist papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HARADA, K. **Comentário acerca das decisões do STF sobre a natureza real do IPTU e do ITBI a impedir a progressividade fiscal**. 1999. Disponível em [<https://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/filosofia-do-direito/851-breve-comentario-acerca-das-decisoes-do-stf-sobre-a-natureza-real-do-iptu-e-o-itbi-a-impedir-a-progressividade-fiscal>]. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

HIGGINS, S.; PEREIRA, C. *The effects of Brazil's high taxation and social spending on the distribution of household income*. New Orleans: Tulane University, 2013.

HIRSCHL, R. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, T. **O Leviatã**. São Paulo: Abril, 1984.

HOBSBAWM, E. J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 41ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019..

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

ITBI paulista continua gerando controvérsias jurídicas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mar-02/cobranca_foi_mantida_mesmo_sendo_inconstitucional. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KEYNES, J. M. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KINCHESKI, Cristiano. **A formação histórica da matriz tributária brasileira**. GASSEN, Valcir (org.). Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LAGEMANN, E. Tributação: Seu Universo, Condicionantes, Objetivos, Funções e Princípios. In: GASSEN, V. (Org). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2. ed. rev., atual., aum. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 14 e 15. Disponível em: https://www.pucrs.br/face/wp-content/uploads/sites/6/2016/03/43_EUGENIO-LAGEMANN.pdf. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

- LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MANDEL, G. **Joaquim Barbosa mantém reajuste do IPTU suspenso em SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-20/barbosa-nega-pedido-prefeitura-sp-mantem-veto-reajuste-iptu>. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.
- MARTINS, I. G. D. S. Uma teoria do tributo. In: MARTINS, I. G. D. S. (Org.). **O Tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARTINS, I. G. D. S. **Teoria da imposição tributária**. 2 ed. São Paulo: LTr Editora.
- MARTINS, I. G. D. S. Uma Teoria do Tributo, In: MARTINS, I. G. D. S. (Coord.). **O Tributo – Reflexão Multidisciplinar sobre sua Natureza**, Rio: Forense, 2007.
- MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.
- MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9º ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MORGAN, M.; PIKETTY, T. **A Reforma Tributária Necessária. Justiça fiscal é possível: subsídios para o debate democrático sobre o novo desenho da tributação brasileira**. Disponível em: <http://ijf.org.br/wp-content/uploads/2018/11/A-Reforma-Tribut%C3%A1ria-Necess%C3%A1ria-Livro-2-Subs%C3%ADdios-para-o-debate.pdf>. Acesso em: 9 de dezembro de 2019.
- MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MUSGRAVE, P. B.; MUSGRAVE, R. A. **Public finance in theory and practice**. 5ª. ed. Singapura: McGraw-Hill International Editions, 1989.
- NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In **Dados - Revista de Ciências Sociais**. vol 32, nº 2. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1994.
- NUNES, C. S. **Justiça Tributária**. Belo Horizonte: Forum, 2019.
- OLIVEIRA, C. L. D.; CONTI, L. E. L. Judiciário como “vanguarda” e intérprete do “sentimento” popular: populismo judicial no julgamento das ADCS 43, 44 e 54 no STF. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 7. 2021, nº 3. pp. 511-538.
- OLIVEIRA, C. L. D.; MEDEIROS, I. K. Artigo 142: os problemas da tese de Ives Gandra. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/artigo-142-os-problemas-da-tese-de-ives-gandra-03062020>. Acessado em: 19 de janeiro 2022.

- OLIVEIRA, C. L. de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.
- PAULO, Paula Paiva. **Do “ponha-se na rua” ao “sai do morro hoje”: das raízes históricas das remoções à construção da cidade olímpica**. Universidade Federal Fluminense, 2013.
- PIKETTY, T. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIBEIRO, R. L. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei nº 355 de 2009. **Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul**, 2009. Disponível em: <<http://proweb.procergs.com.br/Diario/DA20091120-01-100000/EX20091120-01-100000-PL-355-2009.pdf>>. Acessado em: 16 janeiro de 2022.
- ROESLER, C. R. **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. Quaestio Iuris vol. 08, no. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2517-2531.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.
- SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 540.420-0/01**. Ary Bauer.
- SELIGMAN, E. R. A. *Progressive Taxation in Theory and Practice*. Baltimore: American Economic Association, 1894.
- SILVA, J. D. J.; GASSEN, V. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- SUNSTEIN, C. R. *Constitution personae*. Oxford: University Press, 2015.
- SUNSTEIN, C. R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. *Interpretation and Institutions*. **Chicago Unbound**. University of Chicago Law School, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. 2º ed. Oxford University Press, 2018.
- TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power**. TATE, C. N.; e VALLINDER, T. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- VERMEULE, A. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- VERMEULE, A. *The Constitution of risk*. New York: Cambridge University Press, 2014.

- VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.
- VIOL, A. L. **A finalidade da tributação e sua difusão na sociedade**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/texto02afinalidadedatributacao.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.
- WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- WALDRON, J. *A majority in the lifeboat*. Boston University law review. Vol. 90. p. 1055. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/waldron.pdf>. Acessado em: 8 de dezembro de 2021.
- WALDRON, J. *Political Theory. Essays on institutions*. Boston: Harvard University Press, 2016.