

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Eduardo Kowarick Halperin

**A AUTOCONTENÇÃO DO STF DIANTE DA VIOLAÇÃO À IGUALDADE
TRIBUTÁRIA: POR QUE TENHO MEDO DO LEGISLADOR NEGATIVO**

**Porto Alegre
2015**

EDUARDO KOWARICK HALPERIN

**A AUTOCONTENÇÃO DO STF DIANTE DA VIOLAÇÃO À IGUALDADE
TRIBUTÁRIA: POR QUE TENHO MEDO DO LEGISLADOR NEGATIVO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Doutor Humberto Bergmann Ávila.

Porto Alegre

2015

EDUARDO KOWARICK HALPERIN

**A AUTOCONTENÇÃO DO STF DIANTE DA VIOLAÇÃO À IGUALDADE
TRIBUTÁRIA: POR QUE TENHO MEDO DO LEGISLADOR NEGATIVO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Titular Doutor Humberto Bergmann Ávila
Orientador

Professor Adjunto Doutor Andrei Pitten Velloso

Professor Adjunto Doutor Igor Danilevicz

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Quando eu estava no 2º ano da Faculdade, cheio de dúvidas sobre qual seria o rumo da minha carreira, assisti a um evento com um ministro do Supremo, um antigo professor da casa e o Professor Humberto. Sem prejuízo das excelentes exposições do ministro e do outro professor da casa, a palestra do Professor Humberto foi algo que, até então, eu jamais havia visto: clareza conceitual, brilhantismo acadêmico e coragem para enfrentar qualquer tema. Nunca mais deixei de ir nas suas palestras e nas suas aulas, bem como nunca mais tive dúvidas: aquele seria meu exemplo, e o direito tributário, minha área de atuação. Agradeço penhoradamente a honra de ser orientando do maior jurista do Brasil.

Essa escolha pelo direito tributário foi somada à felicidade de ser contratado pelo Silveiro Advogados, cuja filosofia de trabalho não poderia expressar melhor minhas ideias acerca da advocacia, pelo que agradeço imensamente a todos os seus integrantes pelo prazer do seu convívio diário. Agradeço, em especial, aos meus estimados chefes Alberto Brentano, Sérgio Lewin e Maria Angélica Feijó, que além de me ensinarem tudo o que eu sei sobre a advocacia tributária, tornaram-se queridos amigos.

A Faculdade me proporcionou uma grande alegria: não tenho palavras para expressar meu carinho pelos amigos que fiz durante o curso. Há um verdadeiro transborde de *shim* nos meus irmãos *jusloucos*. A conclusão deste trabalho, aliás, não seria possível sem as valorosas correções do Marcelo Tosin, da Maria Angélica Feijó e do Rodrigo Oliveira.

Mas, a grande verdade, é que tudo o que tenho se deve à sorte de ter nascido em uma família tão amorosa e presente, com avós, tios, primos e a Ana, que tornam a vida em família algo delicioso. Meu irmão Fernando, com sua impressionante inteligência e sua rara sensibilidade, me desafia todos os dias e me torna uma pessoa melhor. Os nossos incríveis pais, Claudia e Celso, sempre nos estimularam a ter um pensamento crítico e nos incentivaram a perseguir nossos objetivos; mas a maior lição que deram foi sem querer: eles nos mostram que é possível, após 25 anos de casamento, continuar se apaixonando cada vez mais pelo outro, nos comprovando que apostar no amor sempre vale a pena.

E, justamente por saber que o amor vale a pena, venci este ano um medo alimentado desde os 16 anos, e tive a coragem necessária para tentar minha sorte com a mulher mais linda do mundo. A aposta deu certo - só tenho a agradecer à minha namorada Julia por ela ser quem é.

“(…) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.

(…)

No presente caso, a ponderação da solução para a evidente quebra do princípio da isonomia deve ser solucionada, no ponto, pela extensão do benefício tributário aos demais contribuintes em situação equivalente, pois sua completa eliminação repercutiria de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição.

Isto é, em juízo de ponderação interna, a solução de estender o referido benefício tributário satisfaz com maior intensidade os mandamentos constitucionais que a extinção total do benefício.

Ressalte-se que tal decisão não afronta o princípio da separação de poderes, eis que não se retira do Poder Legislativo a possibilidade de superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão. Da mesma forma, o Poder Executivo pode a qualquer momento alterar a alíquota do imposto de importação, por meio de decreto, de sorte a superar eventuais impactos da decisão aditiva”. (Trechos do voto vencido do Ministro Gilmar Mendes nos autos do RE 405.579/PR)

RESUMO

O presente trabalho visa a examinar a constitucionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente à violação à igualdade tributária. Segundo o entendimento do Supremo, não é possível, em nome da igualdade tributária, estender benefício fiscal a contribuinte que se encontre na mesma situação que os contemplados pelo benefício, mas que não recebeu o mesmo tratamento benéfico. Para o Supremo, a separação de poderes seria óbice intransponível a uma atuação positiva, mormente porque o judiciário pode agir somente como “legislador negativo”, retirando normas inválidas do ordenamento jurídico, sem jamais proferir decisões com efeitos positivos. Por meio de uma análise da doutrina da separação de poderes, elaborada por Montesquieu, bem como da doutrina do “legislador negativo”, elaborada por Kelsen, percebe-se que tais doutrinas não estão sendo adequadamente aplicadas pelo STF. Ademais, a igualdade tributária não é uma norma qualquer: trata-se de uma norma cuja prevalência axiológica relativa em nível abstrato no sistema constitucional brasileiro é evidente, pelo que sua violação reclama uma atuação firme do Supremo. Por fim, por meio de uma análise crítica da jurisprudência do STF, demonstrar-se-á que a sua autocontenção diante da violação à igualdade se restringe aos casos de violação à igualdade tributária, visto que quando a igualdade é violada de perspectiva distinta o Supremo assume uma posição ativa.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal.
Autocontenção. Igualdade Tributária.

ABSTRACT

This paper aims to examine the constitutionality of the Federal Supreme Court precedents regarding tax equality violation. According to the Supreme Court's precedents, it is not possible, on behalf of tax equality, to extend tax benefit to taxpayers who are in the same situation of those contemplated by the benefit, but did not receive the same beneficial treatment. To the Supreme Court, separation of powers is an insurmountable obstacle to an active performance, mainly because the judiciary branch could only act as "negative legislator", withdrawing invalid norms from the law, but never making decisions with active effects. Through an analysis of the separation of powers' doctrine, elaborated by Montesquieu, as well as the "negative legislator's" doctrine, elaborated by Kelsen, one can notice that these doctrines are not being correctly applied by the Supreme Court. Moreover, tax equality is not an ordinary norm: it is a norm whose axiological relative prevalence in the abstract level in the Brazilian constitutional system is evident, meaning that its violation calls for a solid performance from the Supreme Court. Lastly, through a critical analysis of the Supreme Court's precedents, it will be demonstrated that its self-restraint before equality violations is restricted to tax equality violations cases, since that when equality is violated from a different perspective the Supreme Court takes on an active roll.

Key-words: *Supreme Court. Self Restraint. Tax Equality.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PRIMEIRA PARTE: O PODER JUDICIÁRIO E OS DEMAIS PODERES.....	13
1.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES: Da Política de Aristóteles ao Judicial Review.....	13
1.2 O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO PODER LEGISLATIVO: Autocontenção versus Ativismo Judicial.....	26
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	41
SEGUNDA PARTE: O STF DIANTE DA VIOLAÇÃO À IGUALDADE TRIBUTÁRIA... ..	43
2.1 A IGUALDADE TRIBUTÁRIA: Breve análise da(s) norma(s) de igualdade no sistema constitucional tributário brasileiro.....	43
2.2 POR QUE TENHO MEDO DO LEGISLADOR NEGATIVO: Os dois Supremos Tribunais Federais.....	55
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

O título deste trabalho contém evidente alusão à obra de Eros Grau, “Por que tenho medo dos juízes”¹. Nessa obra, o ex-ministro relata que, após se aposentar como juiz do STF, passou a temer a utilização de princípios e de cláusulas abertas por parte de magistrados como fundamento para qualquer tipo de decisão.

Diante da constatação de que o Poder Judiciário, “*endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial*”², teria se transformado em um “*produtor de insegurança*”³, Eros Grau conclui que Estado de Direito se transformou em um Estado de Juízes⁴.

O medo referido no título do presente trabalho é dirigido a uma atuação judicial diametralmente oposta à que Eros Grau teme. Se por um lado é verdade, conforme relata Eros Grau, que os juízes brasileiros passaram a basear suas decisões em princípios abstratos como motivação para uma postura mais ativa (ou ativista), tal constatação não é válida para o tema da igualdade tributária. Diante da violação à isonomia tributária, o STF tem, sistematicamente, adotado uma postura de autocontenção, supostamente utilizando a tese kelseniana do “legislador negativo” para se esquivar de promover a igualdade no caso concreto.

Um exemplo talvez ilustre melhor a questão.

Analisando lei que concedia benefício fiscal às fabricantes de automóveis para que estas revendessem pneus importados, cabia ao Supremo decidir se havia violação à igualdade tributária, visto que o mesmo benefício fiscal não foi concedido às empresas que apenas revendiam pneus importados,

¹GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014.

²GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 138.

³GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 16.

⁴GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 139.

sem serem fabricantes de automóveis⁵. A violação à igualdade tributária residiria no tratamento desigual dispensado aos concorrentes do mesmo segmento econômico (revenda de pneus importados), com base em um critério irrelevante (ser ou não fabricante de automóveis).

O Supremo, por maioria, reafirmou sua jurisprudência que entende ser impossível a extensão, sob o fundamento da igualdade tributária, de benefício fiscal ao contribuinte não contemplado pelo legislador. Essa impossibilidade decorreria da separação de poderes, que conferiria ao poder judiciário o mero papel de “legislador negativo”, o qual pode retirar normas inconstitucionais do ordenamento, mas jamais atribuir efeitos positivos a suas decisões.

O relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, afirmou que eventual *“conclusão pela inconstitucionalidade da lei levaria a sua não-aplicação àqueles que recebem o benefício, e não a extensão do benefício àqueles que não o recebem”*.

Ou seja, diante da violação à igualdade tributária, o Supremo poderia, no máximo, retirar o benefício de quem o recebeu, mas jamais concedê-lo a quem, injustamente, não o recebeu.

Alguns meses depois dessa decisão, o Supremo se deparou com uma questão de enorme repercussão na mídia: o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, com a consequente atribuição dos mesmos efeitos da união estável heterossexual⁶. Havia um relevante óbice ao reconhecimento da união homoafetiva, consistente em dispositivo legal, o qual reproduzia textualmente dispositivo constitucional, prescrevendo que a união estável se daria somente entre homem e mulher. Foram trazidas aos autos, inclusive, as discussões travadas entre os constituintes de 88 ao elaborarem o referido dispositivo constitucional, as quais não deixam qualquer dúvida a respeito da intenção do constituinte em não permitir uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

⁵ RE 405579, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-02 PP-00144 RTJ VOL-00224-01 PP-00560

⁶ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-PP-00212

Ou seja, se por um lado violava-se a igualdade ao não se reconhecer juridicamente a união estável homoafetiva, por outro lado, havia um dispositivo constitucional que vedava, expressamente, tal reconhecimento – para além da clara intenção do legislador ordinário de manter tal vedação, ante a reprodução, no Código Civil, do referido dispositivo constitucional.

O Supremo, por unanimidade, entendeu que diversos princípios constitucionais (dentre eles o princípio da igualdade), conduziram a uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal que conferiria à união estável homoafetiva os mesmos efeitos da união estável heterossexual. É dizer: por haver uma violação à igualdade no caso concreto, o STF entendeu que seria possível conferir aos prejudicados pela desigualação (homossexuais) o mesmo tratamento conferido aos beneficiados (heterossexuais).

Se de um lado o STF afirma não poder estender um benefício fiscal, em nome da igualdade, a um contribuinte que não obteve tal benefício, por outro lado o STF não vê problemas em estender os efeitos da união estável heterossexual, em nome da igualdade, às uniões homoafetivas.

A comparação da atuação do STF nos dois casos referidos leva à inevitável conclusão de que se o STF tratasse a igualdade sexual da mesma forma que trata a igualdade tributária, acabaria não por estender os efeitos da união estável à união homoafetiva, mas por declarar inconstitucional a união estável heterossexual.

Essa constatação levanta uma série de questões: em qual dos dois casos o Supremo agiu corretamente? A postura do STF diante da igualdade sexual é ativista, ou a postura do STF diante da igualdade tributária que é contida? A separação de poderes realmente exige que o Supremo se atenha a uma posição de legislador negativo, sem dotar suas decisões de quaisquer efeitos positivos?

O presente trabalho pretende responder a essas questões. Para tanto, dividiu-se a monografia em duas partes.

Na primeira parte, será feita uma análise das premissas adotadas pelo STF como suporte à conclusão de que sua atuação, diante da (des)igualdade

tributária, deve ser a de mero “legislador negativo”, sem dotar suas decisões de efeitos positivos. Tal análise inicia-se com um exame da separação de poderes, notadamente da tensão existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Essa questão, de natureza política e histórica, conduz inevitavelmente o trabalho à dicotomia entre autocontenção e ativismo judicial, ou seja, sobre como, tendo em vista a adoção de um modelo de separação de poderes, o Poder Judiciário deve se comportar diante dos demais poderes (em especial, o Poder Legislativo).

Na segunda parte da monografia, será abordado o tema que dá nome ao presente trabalho: a postura de autocontenção do STF diante da violação à igualdade tributária.

Para tanto, em primeiro lugar, será introduzido o tema da igualdade tributária. É fundamental ter-se presente o que é a igualdade tributária para uma correta avaliação da postura do Supremo diante da sua violação.

Por fim, estabelecidas as premissas sobre como o Supremo deve atuar, bem como sobre o que é a igualdade tributária, impõe-se a verificação de como o Supremo efetivamente atua diante da violação à igualdade tributária.

PRIMEIRA PARTE: O PODER JUDICIÁRIO E OS DEMAIS PODERES

A primeira parte do presente trabalho tratará, a partir de uma perspectiva teórica, das diferentes posturas que podem ser adotadas pelo poder judiciário em relação aos demais poderes. Primeiro se analisará a separação dos poderes; depois, a relação do poder judiciário com os demais poderes.

1.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES: Da Política de Aristóteles ao *Judicial Review*

Na Grécia Antiga, Aristóteles já enxergava três diferentes elementos nos quais os governos se baseavam. O primeiro seria a deliberação sobre os assuntos públicos; o segundo, a magistratura; o terceiro, o poder judiciário⁷. Entretanto, uma teoria mais elaborada sobre o tema levaria ainda muitos séculos para surgir.

No seu *Segundo Tratado sobre o Governo*, escrito no contexto de revoluções burguesas e queda do absolutismo na Inglaterra do Século XVII, John Locke via no estado de natureza do homem a mais absoluta liberdade e igualdade⁸. Para Locke, o objetivo da entrada do homem em sociedade é a fruição da propriedade em paz e segurança, finalidade esta que tinha nas leis o seu instrumento. A primeira lei positiva e fundamental, portanto, consistiria em estabelecer o poder legislativo⁹.

Locke concebia uma divisão dos poderes entre poder legislativo, poder executivo e poder federativo¹⁰. Enquanto o poder executivo deveria acompanhar a execução das leis no âmbito interno e o poder federativo seria o

⁷ ARISTÓTELES, *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6 ed. São Paulo: Martin Claret: 2001, p. 170.

⁸ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 35.

⁹ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 86.

¹⁰ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 91.

responsável pelas relações com as demais comunidades, o poder legislativo era concebido como um poder supremo¹¹.

Daí a importância de leis positivas estabelecidas e promulgadas – caso o poder do Estado fosse arbitrário, o homem estaria em condição pior que no estado de natureza, pelo que o próprio objetivo da constituição da sociedade não seria alcançado¹².

O poder legislativo, por ser derivado do povo, seria intransferível¹³, cabendo ao próprio povo afastar ou alterar esse poder legislativo quando ele se desviasse dos fins para os quais fora escolhido¹⁴.

Interessante observar que Locke reconhecia uma prerrogativa do poder executivo de agir contra a prescrição da lei em determinados casos¹⁵. Essa prerrogativa se justificaria porque nem sempre as leis promoveriam o bem comum. Em que pese Locke não concebesse um poder judiciário autônomo, ele já manifestava a necessidade de um poder (não necessariamente fruto da vontade da maioria) que controlasse o poder legislativo, mormente quando a concreção de determinada lei não promovesse o bem comum.

Importante ressaltar, ainda, que Locke não fundamentou essa prerrogativa do poder executivo – ou do príncipe, como ele mesmo refere – em alguma característica divina do monarca. Essa prerrogativa de um poder não eleito agir contra a determinação de um poder eleito pelo povo decorreria do próprio bem comum: Locke reconhecia que o simples fato de uma lei ser emanada de representantes da maioria do povo não significa que ela seja absoluta.

No contexto do Iluminismo do século XVIII, Montesquieu publicou, em 1748, o célebre *Do Espírito das Leis*. Nessa obra, são lançadas as bases

¹¹ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 93.

¹² LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 88.

¹³ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 90.

¹⁴ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 93.

¹⁵ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 98.

teóricas para a divisão dos poderes dos estados tal qual hoje a concebemos: executivo, legislativo e judiciário.

Para Montesquieu, o poder judiciário deveria estar separado do poder executivo, caso contrário, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tampouco o poder judiciário poderia estar ligado ao poder legislativo, porque se assim fosse, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário¹⁶.

Irônico notar que Montesquieu, ao mesmo tempo em que, perspicazmente, observou que as leis sofrem a influência das paixões e dos preconceitos do legislador¹⁷, não conseguiu elaborar uma teoria livre dos seus próprios preconceitos (e quem consegue?).

Na França pré-revolucionária, os juízes solapavam quaisquer eventuais intenções progressistas advindas do poder legislativo, interpretando as novas leis de forma a preservar o *status quo* da aristocracia¹⁸. Em razão disso, havia um sentimento profundo de repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelos juízes da época, notadamente pelas cortes denominadas de *Parlements*^{19,20}.

Não é à toa que Montesquieu propôs que o poder de julgar fosse retirado de um tribunal permanente, para que este poder fosse atribuído a

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 149.

¹⁷ “Aristóteles queria satisfazer ora a sua inveja de Platão, ora a sua paixão por Alexandre. Platão era revoltado contra a tirania do povo de Atenas. Maquiavel estava obcecado pelo seu ídolo, o Duque de Valentinois. Thomas More, que falava mais do que havia lido e do que havia pensado, queria governar todos os Estados com a simplicidade de uma cidade grega. Arrington não via senão a república da Inglaterra, enquanto uma multidão de escritores encontrava a desordem em toda parte que não via coroa. As leis defrontam-se sempre com as paixões e os preconceitos do legislador. Algumas vezes passam através deles e por eles são manchadas; outras, ficam entre eles e a eles se incorporam.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 471).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010, p. 53.

¹⁹ CAPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”*. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 20, 2001, p. 268.

²⁰ Montesquieu conhecia os *Parlements* de perto: herdou o título de “Président à mortier” do Parlement de Bordeaux do seu tio em 1716, anos antes da publicação do *Do Espírito das Leis*, em 1748. CAPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”*. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 20, p. 269, 2001.

peças extraídas do povo, que exerceriam tal poder por tempo determinado, prescrito em lei²¹.

Diante da falta de confiança do povo nos juizes, a preocupação de Montesquieu era limitar o poder de julgar, submetendo-o ao poder legislativo de forma que os julgamentos “*nunca sejam mais do que um texto exato da lei*”²². Ele prossegue, afirmando que “*se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos*”²³.

Por isso é que Montesquieu conclui que “*dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo*”²⁴.

Conforme bem observado por Giovanni Tarello, a separação de poderes *montesquieuiana* consiste, na verdade, em duas doutrinas diversas²⁵.

A primeira, que possui o *status* de “teoria”, apresenta-se como uma doutrina descritiva da classificação dos poderes, os quais seriam sempre três²⁶. Uma evidência dessa doutrina descritiva estaria na afirmação, por parte de Montesquieu, de que “*há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas, e o executivo das que dependem do direito civil*”²⁷.

²¹ “Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm constantemente juizes diante dos olhos e teme-se a magistratura mas não os magistrados”. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 149).

²² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de laBrède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 150.

²³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de laBrède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 150.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de laBrède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 151.

²⁵ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Società editrice il Mulino, Bologna: 1976, p. 289.

²⁶ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Società editrice il Mulino, Bologna: 1976, p. 289.

²⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de laBrède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148.

A segunda doutrina, para Tarello, não diz respeito a uma descrição científica, mas sim a uma ideologia, a qual prescreveria a melhor forma de distribuição de poderes para alcançar a liberdade individual²⁸. Exemplo desse “*programa político*”²⁹ de Montesquieu está na afirmação de que “*tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes*”³⁰.

Se para Tarello a teoria de Montesquieu sobre a separação de poderes pode ser dividida em duas, para Mauro Barberis tal doutrina pode ser dividida em três diferentes versões³¹. Da mesma forma que Tarello, Barberis enxergava no *Espírito das Leis* uma teoria descritiva, mas diferentemente do primeiro autor, ele enxerga não uma, mas duas doutrinas prescritivas, uma dirigida ao poder legislativo e ao poder executivo, e outra dirigida ao poder judiciário. Em cada uma dessas três versões a expressão *separação de poderes* possui um significado distinto.

Conforme mencionado, a primeira versão seria a teoria descritiva já identificada por Tarello: ao afirmar que os Estados possuem três espécies de poderes, Montesquieu estaria identificando três funções estatais distintas³². Por isso, Barberis denomina essa teoria descritiva da doutrina de Montesquieu de *distinção dos poderes*, a qual nada mais é do que uma teoria cognoscitiva das funções estatais³³. Aqui, *separação* significa *distinção*, e *poder* significa *função*.

Barberis bem observou que tal teoria classificatória das funções estatais não se prestaria para uma crítica normativa, mas tão só a uma crítica cognoscitiva. Ou seja, para criticar essa primeira versão da teoria

²⁸ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Società editrice il Mulino, Bologna: 1976, p. 289.

²⁹ TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Società editrice il Mulino, Bologna: 1976, p. 289.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 149.

³¹ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 10.

³² BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 11.

³³ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 11.

montesquieuana, há que se opor uma classificação diversa das funções estatais³⁴.

A segunda tese de Montesquieu, para Barberis, consiste no *balanceamento dos poderes*, tese na qual *separação* significa *balanceamento* e *poder* significa *órgão*³⁵. Segundo essa tese, as três funções estatais identificadas na primeira tese (distinção dos poderes) devem ser atribuídas a órgãos distintos, os quais devem se balancear uns com os outros³⁶.

A doutrina do *balanceamento dos poderes* possui base textual no célebre trecho em que Montesquieu afirmava que o poder deve frear o poder³⁷, bem como quando o autor francês distribui, ao longo do capítulo VI do Livro XI do *Espírito das Leis*, as funções estatais políticas (legislativa e executiva) a órgãos não especializados³⁸.

Como exemplo dessa distribuição de funções a órgãos não especializados pode-se destacar a atribuição da função legislativa não só a órgãos legislativos (Câmara Alta e Câmara Baixa), mas também a um órgão executivo (o Monarca)³⁹. Essa distribuição, pela qual um órgão participa do exercício de uma função distinta da própria e, conseqüentemente, atua em conjunto com outros órgãos, teria como efeito reprimir a concentração de poder em um único órgão⁴⁰.

³⁴ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 12.

³⁵ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 12.

³⁶ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 12.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de laBrède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148.

³⁸ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 12.

³⁹ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 13.

⁴⁰ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 13.

Essa doutrina de não especialização, para Montesquieu, não se aplica ao judiciário, que é um órgão não político. Para Barberis, ao judiciário corresponde a terceira tese de Montesquieu: a doutrina da *separação de poderes em sentido estrito*, na qual separação de poderes efetivamente possui esse significado⁴¹.

Uma evidência dessa *separação de poderes em sentido estrito*, pela qual o órgão judiciário seria o único órgão com função especializada, estaria na afirmação de Montesquieu de que ao passo que o executivo e o legislativo participam excepcionalmente da função jurisdicional (por meio do Rei e da Câmara Alta, respectivamente), o órgão judicial jamais pode participar das funções legislativas e executivas⁴².

Segundo Barberis, é a partir da combinação da primeira tese (distinção dos poderes) com a terceira tese (separação dos poderes em sentido estrito entre o judiciário e os demais poderes) que nasce a ideia de que o juiz não deve produzir direito, devendo apenas ser a “*boca que pronuncia a lei*”⁴³.

Nesse sentido, Barberis entende como incoerente a não atribuição, por parte de Montesquieu, de um caráter de contra poder ao judiciário: esse caráter seria mera decorrência da doutrina de *balanceamento dos poderes*⁴⁴.

Essa constatação é fundamental para o presente trabalho: a doutrina do *balanceamento dos poderes*, que dará suporte teórico ao *judicial review*, conforme se verá adiante, jamais teve como condição básica a existência de um poder judiciário nulo, limitado a ser a “*boca da lei*”. O poder judiciário nulo era uma decorrência da doutrina da *separação dos poderes em sentido estrito*, cuja aplicação restrita ao poder judiciário, ao passo que aos poderes executivo

⁴¹ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione, in *Annuario 2004, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, "Separazione dei poteri e funzionegiurisdizionale"*, Attidel XIX ConvegnoAnnuale Padova, 22-23 ottobre 2004, CEDAM, 2008, p. 13.

⁴² BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 16.

⁴³ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 17.

⁴⁴ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 15.

e legislativo se aplicava a doutrina do *balanceamento dos poderes*, só pode ser explicada pelas paixões e preconceitos de Montesquieu, os quais são plenamente justificados para o contexto de uma França pré-revolucionária; todavia, não pode ser encarada como condição *sine qua non* para uma doutrina da separação dos poderes em pleno século XXI.

Essa incoerência de Montesquieu de não incluir o poder judiciário na doutrina do *balanceamento dos poderes* acaba por evidenciar outro aspecto muitas vezes obscuro de sua obra: o autor francês via no exercício da atividade jurisdicional uma função interpretativa como fonte de criação normativa, ou seja, ele não acreditava que o juiz *não produzisse* direito, mas sim que o juiz *não deveria produzir* direito⁴⁵.

Essa conclusão é derivada, em primeiro lugar, da constatação de que se Montesquieu realmente acreditasse que o poder de julgar fosse nulo *per se*, ele não teria se preocupado em criar mecanismos⁴⁶ para limitar o poder do juiz, ou melhor, para retirar do juiz o poder interpretativo.

Em segundo lugar, se por um lado Montesquieu era favorável ao direito do poder executivo de vetar empreendimentos do poder legislativo, como forma de evitar o despotismo deste último⁴⁷, por outro lado, mesmo que a lei “fosse em certos casos muito rigorosa⁴⁸”, os juízes não poderiam interpretar e aplicar o texto legal de forma a corrigir a lei, ainda que essa seja “ao mesmo tempo clarividente e cega⁴⁹”. Esse é o momento em que Montesquieu profere uma de suas mais famosas frases, para dizer que “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres

⁴⁵ BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 17.

⁴⁶ Tal como o mencionado tribunal por tempo determinado, composto por pessoas do povo.

⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

*inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor*⁵⁰. Portanto, mesmo diante da evidente necessidade de uma interpretação *in concreto*, cabia ao poder legislativo corrigir a lei, ou, nas palavras de Montesquieu, “*cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela*⁵¹”.

Essa posição firme de impedir que o julgador realizasse uma interpretação criadora de normas, a fim de permitir uma justa resolução do caso concreto, em nome de uma suposta nulidade do poder judiciário, acaba por evidenciar duas incoerências na teoria de Montesquieu. Primeiro, cabe ressaltar a incoerência de se considerar o juiz como sendo apenas a “*boca da lei*” na medida em que cabia ao próprio juiz identificar em quais casos específicos a lei geral não seria aplicável – incoerência, esta, resolvida à época ao não se considerar a qualificação dos fatos como interpretação da lei⁵². Em segundo lugar, mesmo estabelecendo como premissa ideológica que “*para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”⁵³, ou seja, mesmo propugnando a necessidade de uma doutrina de *balanceamento dos poderes*, reconhecendo, inclusive, o poder de veto ao executivo, como meio de evitar o despotismo legislativo, Montesquieu não confere qualquer poder ao julgador para “*frear*” o legislativo.

O fato é que a teoria de Montesquieu, com todas suas incoerências, foi aplicada à França a partir da Revolução Francesa, notadamente pela lei de 16-24 de agosto de 1790. Por meio dessa lei, o legislador avocou para si o poder de interpretar a lei, que seria uma forma subsidiária de criação normativa⁵⁴.

⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 152.

⁵² TROPER, Michel, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1980, p. 170.

⁵³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *Do Espírito das Leis*, Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148.

⁵⁴ TROPER, Michel, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1980, p. 60.

Interessante notar que, para os revolucionários, a atribuição do poder de interpretar a lei ao poder legislativo não se dava em detrimento da doutrina de especialização dos poderes, mas justamente em razão dela⁵⁵. É que, no calor da Revolução, se tomou a *doutrina prescritiva* de Montesquieu (*separação de poderes em sentido estrito*) como se fosse uma *teoria descritiva*. Assim, na esteira do que afirmava Montesquieu, ainda que de forma incoerente, a criação do direito era vista como atribuição natural do legislador, ao passo que ao julgador caberia apenas aplicar a lei.

Oportuno observar que se o poder de interpretar a lei não podia ser atribuído ao julgador, porque a este cabia apenas aplicar a lei, é porque se vislumbrou na interpretação uma função de criação normativa. Buscou-se, portanto, separar o poder de interpretar a lei do poder de aplicar a lei, como se fosse possível aplicar ao caso concreto uma norma sem que esta tenha sido fruto de um processo de interpretação.

Uma frase dita por Robespierre em 15 de maio de 1790 ilustra bem o espírito da época em relação à atribuição do poder de interpretar as leis: “*se uma autoridade outra que não o legislador pudesse interpretar as leis, ela sobreporia sua vontade sobre a do legislador*”⁵⁶. Ou seja, a interpretação era tida como uma importantíssima fonte de criação normativa, mais importante, inclusive, que a própria função de elaborar os textos legais – e por isso, mais perigosa.

Se na França o juiz era visto com desconfiança, a ponto de se pretender retirar da atividade judicante o poder de interpretar/criar o direito, o mesmo não se dava do outro lado do oceano atlântico, nos recém-independentes Estados Unidos da América.

Os Estados Unidos, que haviam se tornado independentes da Inglaterra em 1776, tinham experimentado a *supremacia do parlamento* quando ainda

⁵⁵ TROPER, Michel, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1980, p. 61.

⁵⁶ TROPER, Michel, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1980, p. 60 citando Archives Parlementaires, t. 15, p. 670, tradução livre.

eram colônia da Inglaterra. Isso porque as colônias inglesas, regidas por Cartas, foram impedidas de editar leis contrárias ao direito inglês⁵⁷.

Diante dessa situação, nasceu nos Estados Unidos a ideia de controle judicial dos atos do legislativo, notadamente quando da majoração de tributos imposta pela metrópole, sob a alegação de que qualquer ato do Parlamento contrário à equidade seria nulo⁵⁸.

Após a vitória por parte dos Estados Unidos da Guerra da Independência (1776-1783), representantes de todos os estados americanos se reuniram para criar uma Constituição.

Na publicação *The Federalist*, que objetivava promover a ratificação da Constituição americana, o *founding father* Alexander Hamilton, em que pese fortemente inspirado em Montesquieu (inclusive citando-o), concebeu a possibilidade de o judiciário declarar nula a lei que fosse contrária à Constituição⁵⁹:

“Não há posição que se baseie em princípios mais claros que declarar nulo o ato de uma autoridade delegada que seja contrário às determinações de quem delegou essa autoridade. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição, pode ser válido. Negar isso seria o mesmo que afirmar que o representante é superior ao representado; que o escravo está acima do seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens agindo por delegação de poderes, podem não só fazer o que tais poderes não permitem, mas também o que eles proíbem”.

Nos Estados Unidos, ao oposto do que ocorreu na França, percebeu-se a necessidade de uma garantia dos direitos do povo que estivesse acima, inclusive, do legislativo. Conforme bem observado por Alexander Hamilton, a

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010, p. 44.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010, p. 45.

⁵⁹No original: “There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.” (HAMILTON, Alexander. *The Federalist* n. 78, The Judiciary Department, Alexander Hamilton, *Independent Journal*, 14 de Junho de 1778).

supremacia da Constituição, cujo guardião seria o poder judiciário, faz com que os interesses do povo fiquem acima da vontade política dos representantes do povo.

Pode-se dizer que esse reconhecimento da possibilidade do poder judiciário declarar nulas as leis contrárias à Constituição nada mais é do que um aperfeiçoamento da doutrina de Montesquieu, pois inclui o poder judiciário na doutrina de balanceamento dos poderes.

Não demorou muito, após a ratificação da Constituição por todos os estados americanos (1790), para que a cultura de controle constitucional por parte do judiciário dos atos do legislativo desse origem ao precedente que lastreou toda doutrina do *judicial review* no ocidente: *Marbury v. Madison*⁶⁰, relatado pelo Justice Marshall, em 1803.

Segundo Alexander Bickel, na recém-nascida república americana, o legislativo e o executivo já estavam sólidos, mas o judiciário ainda necessitava ser retirado da Constituição para ter sua estrutura ideal⁶¹. Para o autor, se algum processo social pode ser considerado como realizado em um único ato, esse ato foi realizado pelo Justice Marshall, ao estabelecer o *judicial review* na decisão do caso *Marbury v. Madison*⁶².

Os fatos do caso são os seguintes⁶³: em 1800, o partido federalista, do presidente John Adams, havia perdido as eleições presidenciais para o candidato do partido republicano, Thomas Jefferson. Como ainda restavam alguns meses de mandato até a posse de Jefferson, que se daria apenas em março de 1801, os federalistas trataram de aprovar uma Lei do Judiciário, que criou diversos cargos de juiz federal e de juiz de paz.

Para ocupar esses cargos, o presidente Adams nomeou diversos correligionários, alguns dos quais foram nomeados na noite que antecedeu a

⁶⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

⁶¹ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 1.

⁶² BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 1.

⁶³ Para um relato mais detalhado das conjuntas políticas americanas que antecederam o precedente *Marbury v. Madison*, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva. 6 ed. São Paulo: 2011, pp. 55-61.

posse de Jefferson, pelo que receberam a alcunha de “juizes da meia noite”. Na confusão do último dia do governo de Adams, esqueceu-se de enviar um dos diplomas de nomeação: o que nomeava William Marbury como juiz de paz.

Os republicanos assumiram o poder furiosos com as manobras políticas federalistas. Por isso, quando Marbury cobrou o envio da sua nomeação, já assinada, o novo secretário de Estado, James Madison, recusou-se a fazê-lo.

Diante da recusa de Madison, Marbury resolveu processá-lo utilizando-se de uma ação criada por uma lei de 1789, a qual adicionou à competência originária da Suprema Corte um *writ of mandamus*.

Marshall, que era presidente da Suprema Corte, entendeu que Marbury tinha direito à nomeação, mas que a Suprema Corte não poderia dar provimento à sua demanda, em razão da inconstitucionalidade da Lei do Judiciário de 1789, a qual incluiu o *writ of mandamus* na lista das ações de competência originária do Supremo. Afinal, a competência originária da Suprema Corte, estabelecida pela Constituição, não poderia ser alargada pela Lei do Judiciário, que era uma lei ordinária.

Interessante notar que o *judicial review* criado por Marshall não possui qualquer apoio textual explícito na Constituição americana⁶⁴. Ele foi construído a partir da interpretação de diversos dispositivos constitucionais. Para Marshall, sustentar que o juiz não devesse levar em conta a Constituição ao decidir determinado caso seria “*too extravagant to be maintained*”.

Com a posterior incorporação do instituto do *judicial review* no direito ocidental, inclusive no Brasil⁶⁵, consagrou-se a separação de poderes idealizada por Montesquieu, com o pequeno aperfeiçoamento consistente na aplicação da doutrina do balanceamento de poderes ao judiciário. Para

64 Para uma análise crítica do voto de Marshall em *Marbury v. Madison*, ver BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986.

65 Constituição Federal de 1988:

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

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

Barberis, a leitura de Montesquieu continua a ensinar que a “*liberdade política não se obtém tanto limitando o poder, mas sim balanceando poder com poder*”⁶⁶.

1.2 O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO PODER LEGISLATIVO: Autocontenção versus Ativismo Judicial

Por meio do exame da evolução da doutrina da separação de poderes, observou-se, inicialmente, que o balanceamento dos poderes não era aplicado ao judiciário, ou seja, os juízes não podiam frear os demais poderes. Verificou-se, também, que esse aspecto da doutrina da separação dos poderes era incoerente em relação à separação de poderes como um todo, sendo explicado, em grande parte, pela desconfiança que se tinha em relação aos juízes da época.

Finalmente, foi possível constatar que essa incoerência da separação de poderes foi corrigida pela doutrina do *judicial review*, ou seja, pela possibilidade do poder judiciário anular atos do poder legislativo e do poder executivo que fossem contrários à Constituição. A partir de *Marbury v. Madison*, o judiciário entrou definitivamente no jogo do balanceamento dos poderes; primeiro, no cenário norte-americano, depois, no resto do mundo.

No presente capítulo, examinar-se-á o comportamento do poder judiciário diante do seu poder de balanceamento com os demais poderes. Primeiro, será analisada a evolução da doutrina e da jurisprudência norte-americana, desde a postura de autocontenção que se seguiu ao *Marbury v. Madison*, até a postura de ativismo judicial que teve seu auge nos *School Segregation Cases*, notadamente com *Brown v. Board of Education*⁶⁷.

⁶⁶BARBERIS, Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2004, p. 35.

⁶⁷347 U.S. (1954)

A escolha do cenário jurídico norte-americano como paradigmático não se deu por acaso: para além da Suprema Corte americana ser tomada como modelo em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, a análise de sua jurisprudência (em especial das decisões relativas à 14^a emenda) possibilita uma clara compreensão da diferença entre um tribunal ativista e um tribunal adepto à autocontenção.

Após a análise da evolução norte-americana a respeito da postura que o poder judiciário deve ter em relação aos demais poderes, examinar-se-á a doutrina do “legislador negativo”, elaborada por Hans Kelsen, a qual exerce grande influência sobre o Supremo Tribunal Federal. Por fim, será brevemente analisada a postura do STF sob a dicotomia autocontenção *versus* ativismo judicial, a partir da Constituição Federal de 1988, que será objeto de maior atenção na parte final do presente trabalho.

Perceba-se, desde já, que a utilização dos termos *autocontenção* e *ativismo* não conduz o leitor a um significado preciso, em razão da diversidade de conceitos existentes na doutrina⁶⁸. A depender do que se entende por autocontenção ou por ativismo, tais rótulos podem ser algo bom ou ruim; podem significar uma atuação conforme a Constituição ou contrária a ela.

Serão adotados, portanto, conceitos provisórios de ativismo e de autocontenção, sem prejuízo de posterior alteração desses conceitos após uma análise mais aprofundada do tema: tanto a postura de autocontenção quanto a postura de ativismo não serão valoradas num primeiro momento – por autocontenção, entenda-se uma conduta de deferência do poder judiciário em relação às decisões dos demais poderes; por ativismo judicial, entenda-se uma maior interferência do poder judiciário nas decisões dos demais poderes.

Segundo Richard Posner⁶⁹, a doutrina da autocontenção do poder judiciário teve início em 1893, com o famoso artigo “*The Origin and Scope of*

⁶⁸ Richard Posner identifica cinco diferentes sentidos para o termo “*judicial self-restraint*” em POSNER, Richard, *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. In 59 *Indiana Law Journal*. (1983).

⁶⁹ POSNER, Richard, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*. in 100 *California Law Review* 519 (2012), p. 522.

*the American Doctrine of Constitutional Law*⁷⁰, do professor James Bradley Thayer, da Harvard Law School.

Nesse artigo, Thayer afirma que o poder judiciário só pode declarar uma lei inconstitucional quando o legislador “*não apenas cometeu um erro, mas cometeu um erro muito claro – tão claro que não pode ser racionalmente questionado*”⁷¹. Esse *standard* de atuação do poder judiciário, segundo Thayer, reconhece que (i) diante das complexas exigências para se governar, muitos atos que parecem inconstitucionais para um homem, ou para vários homens, podem razoavelmente não o ser para outros; (ii) a Constituição possui diversas interpretações; (iii) há, geralmente, espaço para escolha; (iv) que, nesses casos, a Constituição não impõe ao legislativo uma opinião específica, mas dá margem para escolha; (v) por fim, qualquer escolha racional é constitucional⁷².

A aplicação do *standard* de Thayer (chamado por Bickel de *The Rule of Clear Mistake*⁷³) tem como efeito um grande número de decisões declarando a constitucionalidade de atos do legislativo⁷⁴ - e essa era a sua intenção. Além de tal teoria ser coerente com a democracia representativa⁷⁵, já que o *judicial review* é essencialmente contra majoritário, Thayer acreditava que a limitação do poder do legislativo o tornaria “*insignificante e incompetente*”⁷⁶, pois os legisladores teriam a certeza que seus eventuais erros seriam corrigidos pelas cortes. E, para Thayer, “*em nenhum sistema o poder das cortes consegue salvar o povo da ruína; nossa proteção reside em outro lugar*”⁷⁷.

⁷⁰THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), pp. 129-156.

⁷¹ THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), p. 144. (tradução livre).

⁷²THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), p. 144.

⁷³ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 35

⁷⁴BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 40.

⁷⁵BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 40.

⁷⁶THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), p. 156.

⁷⁷No original: “Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere.” in THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), p. 156.

O mais ilustre sucessor de Thayer foi o Ministro da Suprema Corte americana Oliver Wendell Homes Jr⁷⁸. Em sua famosa dissidência no caso *Lochner v. New York*⁷⁹, ele votou pela constitucionalidade de uma lei nova-iorquina que limitava em 60 horas semanais a jornada de trabalho dos padeiros.

A maioria da Suprema Corte entendeu que a referida lei seria inconstitucional, por violar a 14^a emenda, notadamente a norma de liberdade contratual reconstruída a partir do texto do art. 1^o, o qual prescreve que “*nenhum estado privará a vida, a liberdade ou propriedade de qualquer pessoa, sem o devido processo legal*”⁸⁰. Ou seja, para a Suprema Corte, a norma constitucional de liberdade contratual tornaria inconstitucional qualquer limitação imposta pelo estado aos contratos de trabalho.

Holmes, em sua dissidência, sustentou que a interpretação da 14^a emenda feita pela maioria da corte foi baseada na teoria econômica do *laissez-faire*, o que não poderia ser feito, pois “*a Constituição não pretendeu incorporar qualquer teoria econômica em particular*”⁸¹. Conforme afirmado pelo Justice Holmes, “*se fosse uma questão de concordar com tal teoria, eu desejaria estudá-la mais profundamente antes de formar meu juízo*”. Mas ele entendia não ser esse o seu dever, pois acreditava que a sua “*concordância ou discordância não tenha nada que ver com o direito da maioria incorporar suas opiniões na lei*”⁸².

O último grande seguidor de Thayer⁸³ foi Alexander Bickel. Em sua famosa obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of*

⁷⁸POSNER, Richard, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*. in 100 California Law Review 519 (2012), p. 525.

⁷⁹*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸⁰No original: “(...)nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; (...)”.

⁸¹*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸²No original: “If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law”.in*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸³POSNER, Richard, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*. in 100 California Law Review 519 (2012), p. 533.

*Politics*⁸⁴, Bickel percebe no instituto do *judicial review* uma tensão com a democracia representativa, no que chama de *dificuldade contra majoritária*⁸⁵. Afinal, o *judicial review* expressa uma desconfiança em relação à legislatura⁸⁶, eleita pela maioria do povo.

Diante desse cenário, Bickel propõe uma doutrina do *judicial review* compatível com a democracia representativa, pela qual a Suprema Corte deveria ter uma *virtude passiva*, evitando ao máximo adentrar em questões constitucionais densas. Para tanto, o Tribunal deveria utilizar ferramentas que permitiriam o que Bickel chama de “*decidir não decidir*”⁸⁷. No Brasil, a necessidade de ofensa direta à Constituição para o conhecimento de Recurso Extraordinário é um exemplo de mecanismo que permite ao STF “*decidir não decidir*”.

Não se pode ignorar que a obra de Bickel, partidária da autocontenção da Suprema Corte, foi publicada pela primeira vez em 1962, no contexto da *Warren Court*⁸⁸, auge do ativismo judicial norte-americano. A decisão mais emblemática da *Warren Court* foi dada no precedente *Brown v. Board of Education*⁸⁹ (uma das poucas decisões da *Warren Court* apoiadas por Bickel).

Desde 1896, a Suprema Corte americana legitimava a doutrina do “*separate but equal*”, ao afirmar em *Plessy v. Ferguson*⁹⁰ que leis estaduais que perpetuassem a segregação racial não ofendiam a 14ª emenda da Constituição⁹¹. Entretanto, em 1954, ao julgar *Brown v. Board of Education*, a

⁸⁴ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2ed. New Haven and London: 1986.

⁸⁵ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2ed. New Haven and London: 1986, p. 16.

⁸⁶ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2ed. New Haven and London: 1986, p. 21.

⁸⁷ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2ed. New Haven and London: 1986, p. 133.

⁸⁸ A *Warren Court* (1953-1969) era assim chamada em razão do seu Chief Justice Earl Warren.

⁸⁹ 347 U.S. (1954)

⁹⁰ 163 U.S. 537, (1896).

⁹¹ Tradução livre: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do estado onde reside. Nenhum estado deve criar ou apoiar qualquer lei que limite os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco os estados podem privar qualquer pessoa da vida, da liberdade, da propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa na sua jurisdição a igualdade perante a lei. No original: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities

Suprema Corte superou o referido precedente, para declarar inconstitucional a segregação racial nas escolas, criando nova norma a partir da 14ª emenda⁹².

Brown v. Board of Education foi uma decisão ativista - afinal, a partir do texto aberto da 14ª emenda, a Suprema Corte criou norma constitucional a qual invalidou a legislação segregacionista de diversos estados da federação. Ou seja, a Suprema Corte não mostrou deferência para com os poderes legislativos estaduais.

Dificuldades na implementação da decisão do caso *Brown* levaram os tribunais norte-americanos a desenvolver uma jurisprudência específica sobre segregação racial. Muitas vezes, juízes foram chamados, inclusive, a interferir na jurisdição de diretores de escola e autoridades locais⁹³.

Na década de 20, no outro lado do atlântico, Hans Kelsen, a respeito da relação do judiciário com os demais poderes, desenvolveu a *teoria do legislador negativo*, dogma da jurisprudência em matéria tributária do Supremo Tribunal Federal.

Para Kelsen, não se poderia confiar somente ao legislativo o poder de anular os próprios atos considerados inconstitucionais. Isso porque seria ingenuidade política esperar que o legislativo anulasse um ato votado por ele próprio apenas em razão da declaração de inconstitucionalidade de um tribunal; além disso, o legislativo se considera um órgão de livre criação do direito – quando na verdade ele está plenamente vinculado à Constituição⁹⁴.

of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁹²Trecho do voto do Chief Justice Warren, no original: Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of **Plessy v. Ferguson**, this finding is amply supported by modern authority. Any language in **Plessy v. Ferguson** contrary to this finding is rejected.

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

⁹³DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2014, p. 467.

⁹⁴KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 150.

Diante dessa constatação, Kelsen propõe que se atribua o poder de anular atos inconstitucionais do legislativo a um tribunal constitucional⁹⁵. Entretanto, para Kelsen, ao invalidar atos inconstitucionais, o tribunal constitucional não estaria se intrometendo na esfera do poder legislativo, pois a função exercida pelo tribunal não seria jurisdicional⁹⁶.

O verdadeiro sentido da separação de poderes, para Kelsen, deve ser compreendido como uma divisão de poderes entre diferentes órgãos. Por isso, a atribuição do poder de anular as leis ao tribunal constitucional seria uma afirmação da separação de poderes: a anulação de uma lei teria o mesmo caráter de generalidade que a sua formação, *“nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa”*⁹⁷.

Só que, ao contrário do legislador, que estaria preso à Constituição apenas no tocante ao procedimento e, excepcionalmente, segundo Kelsen, *“no que concerne o conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais”*⁹⁸, o legislador negativo teria sua atividade *“absolutamente determinada pela Constituição”*⁹⁹.

Tanto o tribunal constitucional quanto os tribunais ordinários teriam a função de aplicadores e produtores do direito: os tribunais ordinários aplicando o direito e produzindo normas individuais e o tribunal constitucional aplicando a Constituição e eliminando (ao invés de produzir) uma norma geral do sistema¹⁰⁰.

Necessário referir que o modelo de Kelsen é dirigido a uma Constituição sem cláusulas abertas. Para ele, as normas constitucionais não deveriam ser

⁹⁵KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 150.

⁹⁶KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 151.

⁹⁷KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 152.

⁹⁸KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 152.

⁹⁹KELSEN, Hans, *A Jurisdição constitucional* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 152.

¹⁰⁰KELSEN, Hans, *Quem deve ser o guardião da Constituição?* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 263.

formuladas com termos gerais, “*nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc.*”.¹⁰¹ Caso a Constituição operasse com esses termos abertos, haveria “*o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele*”.¹⁰²

O modelo do legislador negativo, portanto, foi concebido por Kelsen para operar em um sistema com normas constitucionais preponderantemente procedimentais, no qual caberia ao tribunal constitucional proteger esses limites procedimentais em relação ao legislador ordinário, o qual, por outro lado, possuiria uma enorme liberdade de criação normativa.

O legislador negativo de Kelsen não foi idealizado para operar em um sistema com normas fundamentais vinculantes, expressadas por meio de textos abertos. Se a adoção no texto constitucional de “*chavões vagos como liberdade, igualdade e justiça*” é algo ruim (como afirma Kelsen) ou bom, não cabe a este trabalho investigar; o que se propõe a verificar é se existem condições válidas para a aplicação do modelo do legislador negativo em um sistema que claramente optou por utilizar chavões vagos em seu texto constitucional (Constituição Federal de 1988).

Para evidenciar a adoção de termos abertos na Constituição de 1988, analisa-se o termo “igualdade”, objeto do presente trabalho. Se na Constituição norte-americana a expressão, enquanto cláusula aberta, aparece uma única vez, na 14ª emenda, na Constituição brasileira o termo “igualdade” e suas derivações, tais como “desigualdade” e “igualitário”, constam nada menos do que 19 vezes enquanto cláusulas abertas.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar a dicotomia ativismo judicial *versus* autocontenção no cenário brasileiro.

Para o Ministro Luis Roberto Barroso, a Constituição de 1988, promulgada no contexto da redemocratização do Brasil, teve como efeito a

¹⁰¹KELSEN, Hans, *Quem deve ser o guardião da Constituição?* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 262.

¹⁰²KELSEN, Hans, *Quem deve ser o guardião da Constituição?* in *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 262.

judicialização de questões de alta repercussão política e social¹⁰³. Para Barroso, essa *judicialização* “*não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte*”¹⁰⁴, sendo uma consequência natural do “*desenho institucional vigente*”¹⁰⁵.

Entretanto, segundo Barroso, *judicialização* não é o mesmo que *ativismo judicial*. Enquanto a *judicialização* é uma circunstância natural do modelo constitucional brasileiro, o *ativismo judicial* é uma escolha por um “*modo específico e proativo de interpretar a Constituição*”, o qual se instala, normalmente, diante da retração do Poder Legislativo e de uma ausência de sincronia entre a classe política e os anseios populares¹⁰⁶.

A diferença entre *ativismo judicial* e *autocontenção*, segundo Barroso, é que enquanto o *ativismo judicial* “*procura extrair o máximo de potencialidades do texto constitucional*”¹⁰⁷, a *autocontenção* “*restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas*”¹⁰⁸.

¹⁰³ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 3.

¹⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 6.

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 6.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 6.

¹⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 7.

¹⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Feveireiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 7.

Ainda segundo Barroso, a postura ativista se manifestaria (i) pela aplicação direta da Constituição, independentemente do legislador ordinário, (ii) pela declaração de inconstitucionalidade com base em critérios pouco rígidos e (iii) pela imposição ao demais poderes de condutas (ou abstenções) relativas a políticas públicas¹⁰⁹. Já a auto contenção (i) evita aplicar a Constituição diretamente, tendo maior deferência ao legislador ordinário, (ii) utiliza critérios muito rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de lei, e (iii) possui maior deferência pelas escolhas dos demais poderes relativas a políticas públicas¹¹⁰.

A inegável opção da atual composição do Supremo Tribunal Federal por uma postura ativista, de acordo com Barroso, teria se dado em razão de uma crise de legitimidade do poder legislativo, que fez com que o judiciário passasse a atender demandas da sociedade não atendidas pelo legislativo¹¹¹. Esse ativismo judicial seria positivo, desde que se dê em áreas nas quais os demais poderes tenham se mostrado inertes ou incapazes de produzir consenso¹¹². A atuação contra majoritária do STF, nesses casos, se daria “a favor, e não contra a democracia”¹¹³.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 6.

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 7.

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 9.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 17.

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 19.

Para Barroso, portanto, o STF possui uma postura ativista, e essa postura ativista seria algo positivo.

Já para Eros Grau, o STF se converteu num produtor de insegurança jurídica¹¹⁴, ao banalizar os “princípios” da proporcionalidade e da razoabilidade¹¹⁵, procurando aplicar *Justiça* quando deveria aplicar o *Direito*¹¹⁶. Esse endeusamento dos princípios em nome da *Justiça* leva o judiciário a adotar uma quase discricionariedade judicial¹¹⁷.

Entretanto, essa postura ativista aplaudida por Barroso e rechaçada por Eros Grau não é uniforme nas decisões do STF. Se da Suprema Corte americana podemos descrever determinados períodos ativistas (ex. Warren Court) e períodos de autocontenção, a verdade é que não se pode elaborar uma teoria descritiva uniforme da postura atual do Supremo Tribunal Federal, pela simples razão de que tal tribunal não atua de maneira uniforme.

Exemplo de que sequer o STF sabe qual a sua postura, se ativista ou de autocontenção, é a discussão travada entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Joaquim Barbosa nos autos da Reclamação 4.335-AC¹¹⁸. Discutia-se se o Supremo poderia suspender a execução de norma declarada inconstitucional sem pronunciamento do Senado Federal, tendo em vista o art. 52, X, da Constituição Federal¹¹⁹.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que o pronunciamento do Senado Federal seria desnecessário, pois a finalidade desse pronunciamento seria apenas dar publicidade à decisão do STF, a qual já teria, *per se*, eficácia *erga omnes*.

¹¹⁴GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 16.

¹¹⁵Para Eros Grau, razoabilidade e proporcionalidade não são princípios, mas sim postulados normativos. (GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 18.

¹¹⁶GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 19.

¹¹⁷GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p. 138.

¹¹⁸Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJE-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001

¹¹⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Já o Ministro Joaquim Barbosa divergiu do relator, afirmando que o art. 52, X, da Constituição possuiria “*literalidade quase ofuscante*” e citando Alexander Bickel para sustentar que o STF deveria adotar uma postura passiva. O Ministro Gilmar Mendes pediu a palavra e teve lugar a discussão que segue:

Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, ouvi com atenção o voto do ministro Joaquim Barbosa. Também, conheço as reflexões de Alexander Bickel sobre o papel do Judiciário. Mas, obviamente, de longe, elas não são praticadas nem pela Suprema Corte, nem por qualquer corte constitucional digna deste nome hoje.

Nós, aqui, temos desmentido isso. Basta citar, por exemplo, o caso recente da cláusula de barreira, em que, queiramos ou não, rompemos claramente com a ideia da legislação negativa, que se repete em Kelsen, também por outros approaches de caráter teórico.

Na verdade, basta perpassar os olhos pela jurisprudência riquíssima das cortes constitucionais alemã, italiana e espanhola para ver que, cada vez mais, se fazem frequentes as sentenças de perfil manipulativo ou aditivo, que rompem, exatamente, com essas premissas colocadas pelo ministro Joaquim Barbosa. Bastaria ir ao Direito americano. O que representa “*Brown v. Board of Education*” senão um caso de condução de política decisivo, no tema do racismo, que nada tem a ver com o modelo de Bickel, embora sua obra seja posterior à decisão?

Ministro Joaquim Barbosa – Não havia nenhum dispositivo na Constituição americana que legitimasse, sequer em sonho, a segregação racial, Ministro Gilmar Mendes.

Ministro Gilmar Mendes – Vossa Excelência é quem o está dizendo.

Ministro Joaquim Barbosa – Pelo contrário, havia três emendas constitucionais, votadas no século XIX, que a coíbiam. Então, a situação é absolutamente distinta. Aqui, temos um dispositivo claro, de literalidade ofuscante.

Ministro Gilmar Mendes– Vossa Excelência é quem o está dizendo, porque “*Plessy v. Ferguson*” nada mais é do que a afirmação de que havia, sim, essa legitimidade. Na verdade –esta é uma questão elementar, não me perderei na discussão -, não existe norma senão norma interpretada.

Ministro Sepúlveda Pertence – Também estou de acordo.

Ministro Gilmar Mendes – Isto passa por Gadamer, Heidegger, Reale, Heberlee tantos outros. Esse é um caso clássico de ativismo, para ficar no tema emblemático da dessegregação racial nos Estados Unidos.

Ministro Joaquim Barbosa – Há o ativismo do bem e o do mal, Ministro Gilmar Mendes.

Por mais que o Ministro Joaquim Barbosa supostamente defenda uma postura de autocontenção, a sua afirmação de que existe “*o ativismo do bem e o do mal*” denota uma clara possibilidade de interferência do poder judiciário no âmbito dos demais poderes. Na verdade, essa afirmação permite uma atuação relativista do STF, que poderá interferir nas escolhas políticas dos demais poderes caso elas ofendam a moral subjetiva dos juízes que compõem o Supremo, encaixando-se perfeitamente na definição de Dworkin do ativista judicial: alguém que ignora a Constituição, a história de sua promulgação e as decisões anteriores para “*impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige*”¹²⁰.

Há que esclarecer que o simples fato do STF não atuar de maneira uniforme não é necessariamente ruim, haja vista que o próprio âmbito material de atuação do judiciário, tal como definido pela Constituição, não é uniforme, devendo às vezes ser mais amplo, e às vezes mais restrito¹²¹.

Justamente aí é que reside o maior óbice à conceituação de ativismo/autocontenção de acordo com a maior interferência/deferência do poder judiciário em relação às escolhas dos demais poderes: a adoção desse critério ignora que a própria Constituição Federal está configurada de forma a exigir condutas distintas do judiciário a depender da(s) norma(s) em questão.

Diante desse problema, Humberto Ávila propõe interessante conceito de ativismo judicial, notadamente no tocante à relação entre o poder judiciário e o poder legislativo.

Em primeiro lugar, para Ávila, há que se definir qual a função típica do poder legislativo¹²², a qual pode ser qualificada pelo procedimento, pelo objeto e pelo instrumento: o poder legislativo configura democraticamente

¹²⁰DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2014, p. 452.

¹²¹Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 150.

¹²²Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 150.

(procedimento) princípios e regras constitucionais (objeto) por meio de normas gerais e abstratas (instrumento)¹²³.

O autor propõe, ainda, critérios para a verificação da atuação do judiciário em relação ao procedimento, ao objeto e ao instrumento.

No tocante ao procedimento, haverá ativismo judicial se “o exercício da função judicial comprometer o exercício do poder democrático”, ou seja, quanto maior o grau de participação democrática do poder legislativo, menor o âmbito material de configuração normativa do poder judiciário¹²⁴.

Em relação ao objeto, quanto maior a densidade normativa das normas constitucionais, menor o âmbito material de atuação do judiciário, de forma que haverá ativismo judicial se o judiciário for além do espaço normativo deixado pela Constituição¹²⁵.

Por fim, quanto ao instrumento, haverá ativismo judicial quando o judiciário “comprometer a igualdade geral das regras e a sua uniforme aplicação”, pois o âmbito de atuação do poder judiciário aumenta na medida em que maior for o grau de desigualdade instituído pela norma configurada pelo legislativo¹²⁶. As “políticas públicas individuais” instituídas pelo judiciário quando da concessão judicial de medicamentos são exemplos de ativismo judicial em razão da inobservância da função instrumental de cada poder¹²⁷.

¹²³Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 151.

¹²⁴Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 152.

¹²⁵Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 153.

¹²⁶Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 154.

¹²⁷Ávila, Humberto. Ativismo Judicial e o Direito Tributário. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 154.

Como bem observou Humberto Ávila, “*não se pode qualificar tout court a atividade judicial como ativista pelo simples fato de ser extensa*”¹²⁸. É que somente com a análise do procedimento, do objeto e do instrumento de exercício do poder é que se poderá se considerar uma atuação como ativista ou como conforme a Constituição¹²⁹.

Devemos, portanto, abandonar os conceitos provisórios de ativismo judicial e de autocontenção, pelos quais tais conceitos eram atribuídos em razão da extensão da atividade jurisdicional, pois eles padecem do mesmo problema que a conceituação de Barroso: ignoram a complexidade do sistema constitucional brasileiro, que ora requerem uma atuação mais ativa, e ora requerem uma atuação passiva.

Adota-se neste trabalho, portanto, a definição de Humberto Ávila para ativismo judicial: ele ocorre quando o poder judiciário “*exerce a função típica de configurar materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas*”¹³⁰. A *contrario sensu*, definiremos a postura de autocontenção como aquela pela qual o judiciário se omite diante de um âmbito material amplo para atuação conferida pela Constituição. Tanto a postura ativista quanto a postura de autocontenção serão tratadas, a partir de agora, como algo negativo.

Foi justamente esse tom de crítica que se pretendeu dar ao STF no título do presente trabalho, pelo qual a postura do Supremo em relação à violação da igualdade tributária foi tachada como de autocontenção.

¹²⁸Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e o Direito Tributário*. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 155.

¹²⁹Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e o Direito Tributário*. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 155.

¹³⁰Ávila, Humberto. *Ativismo Judicial e o Direito Tributário*. In *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011, p. 151.

CONCLUSÕES PARCIAIS

A discussão sobre a postura que deve ser adotada pelo judiciário esbarra em diversos empecilhos, tais como a inexistência de uniformidade conceitual e ausência de um consenso mínimo acerca do âmbito de atuação de cada poder.

Se para alguns, tais como o Ministro Barroso, a postura ativista que o STF tem adotado é algo positivo, pois atende demandas da sociedade não atendidas pelo legislativo¹³¹, para outros, como para Eros Grau, essa postura do STF o converteu num produtor de insegurança jurídica¹³².

Em alguns casos, entretanto, mesmo diante da necessidade de concretizar normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal adota o modelo do legislador negativo, em suposto respeito à separação dos poderes. Isso denota, de um lado, uma incompreensão da teoria de Kelsen e, por outro lado, uma leitura ingênua da doutrina de Montesquieu.

A função conferida ao poder judiciário pela doutrina da separação de poderes de Montesquieu, pela qual não caberia ao poder judiciário entrar no jogo do balanceamento dos poderes, é incoerente com a própria obra de Montesquieu. No tocante ao modelo do legislador negativo de Kelsen, ele foi elaborado para um sistema constitucional muito distinto do sistema constitucional brasileiro.

Afinal, na Constituição brasileira, ao adotar um texto cheio de limites ao poder de legislar, com diversas garantias veiculadas por meio de cláusulas abertas, o constituinte optou por diminuir a margem de configuração do legislador ordinário, bem como por aumentar o espaço de atuação do poder judiciário na concreção de normas constitucionais.

¹³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Febrero 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18/11/2015, p. 9.

¹³² GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014, p.16.

E não se pode confundir a supremacia constitucional com eventual supremacia do judiciário. Se o judiciário extrapolar seu âmbito de atuação, isso é um problema da atuação do judiciário, não do *judicial review* e da supremacia constitucional.

Veja-se: a supremacia constitucional é o que todos os modelos republicados e democráticos buscam, tanto os que concedem ao legislador uma maior liberdade de configuração quanto os que, tais como a Constituição Federal de 1988, diminuem a liberdade do legislador e, por consequência, aumentam a margem de atuação do judiciário.

Por fim, cabe referir que, se na autocontenção o judiciário fica aquém do que deveria, e no ativismo judicial o judiciário vai além do que poderia, sendo as duas posturas contrárias à Constituição, também é possível enxergar duas diferentes posturas que estão conforme a Constituição: a postura ativa e a postura passiva do judiciário.

Na postura ativa, o judiciário interfere no âmbito do poder legislativo para garantir a observância de direito fundamental de alta densidade normativa, por exemplo. Já na postura passiva, o judiciário se curva diante das escolhas políticas adotadas pelos demais poderes, as quais foram feitas dentro do âmbito material conferido pela Constituição. Ambas as posturas são constitucionais.

SEGUNDA PARTE: O STF DIANTE DA VIOLAÇÃO À IGUALDADE TRIBUTÁRIA

A segunda parte do trabalho tem como objetivo verificar como o Supremo age quando constata uma violação à igualdade tributária perpetrada pelo legislador. Para tanto, primeiro será feita uma breve análise acerca do que é a igualdade tributária, para depois verificar como (e se) a igualdade tributária é concretizada pelo STF.

2.1 A IGUALDADE TRIBUTÁRIA: Breve análise da(s) norma(s) de igualdade no sistema constitucional tributário brasileiro

Quando se comparam dois sujeitos, necessariamente deve haver uma medida para essa comparação: eles podem ser iguais no tocante à idade, mas de sexos diferentes; podem ser iguais em relação ao sexo, mas com capacidades econômicas distintas...¹³³ Enfim, a igualdade é uma relação entre dois ou mais sujeitos em função de um critério (idade, sexo, capacidade econômica, etc.)¹³⁴.

Mas não é só isso. Para a igualdade jurídica, não basta a constatação de que dois sujeitos são iguais ou diferentes (igualdade descritiva). Importa definir, diante de determinada situação, como os sujeitos devem ser tratados (igualdade prescritiva)¹³⁵. A igualdade prescritiva deve ter, além de um componente descritivo que estabeleça os sujeitos de aplicação, um componente normativo que estabeleça como esse grupo deve ser tratado, ou seja, uma regra, que pode tomar tanto a forma de um *direito* quanto de um *dever*¹³⁶.

¹³³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.43.

¹³⁴ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.43.

¹³⁵ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.44.

¹³⁶ WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*. Princeton Legacy Library. Princeton: 1990, p. 68.

O tratamento dispensado aos sujeitos, em relação à igualdade, deve ser sempre em função de uma finalidade. É que, por exemplo, para a finalidade de eleger o presidente da república, pouco importa a capacidade econômica do sujeito, devendo haver igualdade de tratamento. Já para a finalidade de cobrar impostos, o critério da capacidade econômica deve ser utilizado, para tratamento desigual a ricos e pobres.

Nas palavras de Humberto Ávila, a igualdade é “*a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s)*”¹³⁷, a qual “*serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade*”¹³⁸.

No presente trabalho, essa relação a que chamamos de igualdade será analisada sob a perspectiva tributária, isto é, será analisado como a relação entre os contribuintes (sujeitos) deve influenciar na disciplina da matéria pelo Estado para que o tratamento dispensado seja igualitário. Para Velloso, inclusive, a isonomia tributária possui autonomia normativa¹³⁹.

Após uma breve análise dos elementos que compõem a igualdade (sujeitos, medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade), bem como das espécies normativas chamadas de igualdade (regra, princípio e postulado normativo), será analisada a força normativa da igualdade tributária, isto é, até que ponto vai o dever de efetivar a igualdade tributária.

Os primeiros elementos da igualdade tributária são os sujeitos: o legislativo, ao editar textos normativos, delimita, em regra, quem serão os sujeitos da norma que será reconstruída a partir daquele texto. Entretanto, há que se referir que no exame da igualdade tributária, mesmo o sujeito que não foi eleito pelo Legislativo como sujeito passivo da obrigação tributária deve ser considerado. Isso porque a igualdade com o sujeito que não foi eleito

¹³⁷ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.45.

¹³⁸ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.45.

¹³⁹VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p.118.

contribuinte, pode ser, justamente, a razão pela qual um sujeito que foi eleito contribuinte deixe de sê-lo¹⁴⁰.

Já a medida de comparação eleita pelo legislador para um tratamento tributário diferenciado deve ter uma relação de pertinência com a finalidade buscada pela diferenciação¹⁴¹. Por isso, para estimular o pequeno empresário (finalidade), por exemplo, a medida de comparação “tamanho ou porte” aferida por meio do elemento indicativo “receita bruta anual” é pertinente¹⁴².

Nesse sentido, deve haver uma relação fundada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo, a qual ocorre sempre que há “*um vínculo de correspondência estatisticamente fundada entre o elemento indicativo e a medida de comparação*”¹⁴³. Esse elemento indicativo deve ter a relação mais próxima possível com a medida de comparação¹⁴⁴.

Necessário referir que não é qualquer medida de comparação que pode ser utilizada para diferenciar os sujeitos. A nossa Constituição, no seu art. 152¹⁴⁵, por exemplo, veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a adoção da medida de comparação “procedência ou destino” para a finalidade de tributar. Com base nesse dispositivo, o STF julgou ser inconstitucional decreto do Governador do Rio de Janeiro que instituiu benefício fiscal para as operações de venda de café torrado, desde que provenientes de estabelecimento industrial carioca¹⁴⁶.

Um fator neutro em relação aos sujeitos a quem se está diferenciando também não pode ser tomado como medida de comparação, pois o fator que motiva a diferenciação deve estar permeado por uma circunstância que justifique o tratamento diferenciado¹⁴⁷.

¹⁴⁰ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.46.

¹⁴¹ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.48.

¹⁴²ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.50.

¹⁴³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.51.

¹⁴⁴ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo:2015, p.55.

¹⁴⁵ Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

¹⁴⁶ADI 3389, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-01 PP-00168.

¹⁴⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Ed. Malheiros. 3 ed. 14. tir. São Paulo: 2006, p. 30.

Além disso, há na Constituição, por vezes, a obrigação de adoção de determinada medida de comparação. Exemplo disso é a determinação reconstruída a partir do § 1º do art. 145¹⁴⁸ que exige a adoção da medida de comparação “capacidade econômica” para a finalidade de instituir imposto pessoal.

Por fim, a finalidade, na realização da igualdade tributária, deve estar albergada pela Constituição Federal¹⁴⁹. Não se pode, por exemplo, conceder tratamento fiscal favorável a empresas de grande porte em detrimento de empresas de médio porte, com a justificativa de que a concentração de capital resulta em menores desperdícios na economia. É que a Constituição brasileira, nos arts. 170, § único e 173, § 4º¹⁵⁰, preconiza justamente o contrário: a livre concorrência é a finalidade constitucional a ser promovida¹⁵¹.

Deve haver, ademais, uma relação fundada e conjugada de pertinência entre a medida de comparação e a finalidade que ensejou a diferenciação¹⁵², ou seja, deve haver correlação lógica entre “*o fator erigido como critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele*”¹⁵³.

Ainda quanto à finalidade, importa dizer que as normas tributárias podem ter finalidade fiscal ou finalidade extrafiscal. Quando possuírem finalidade fiscal (arrecadar receitas para o Estado) a medida de comparação deve estar no contribuinte (capacidade contributiva); quando possuírem finalidade extrafiscal (atingir um fim público autônomo) a medida de comparação será estranha ao contribuinte.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Ed. Malheiros. 3 ed. 14. tir. São Paulo: 2006, p. 42.

¹⁵⁰ Art. 170, § único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁵¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Ed. Malheiros. 3 ed. 14. tir. São Paulo: 2006, p. 43.

¹⁵²ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p. 71.

¹⁵³MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Ed. Malheiros. 3 ed. 14. tir. São Paulo: 2006, p. 37.

A capacidade contributiva, portanto, é a medida de comparação que deve ser adotada nas normas com finalidade fiscal¹⁵⁴. Para além de ser intuitiva a injustiça de se cobrar um imposto único e igual para todos, a capacidade contributiva como critério de igualdade resta amparada pelo princípio da solidariedade¹⁵⁵.

Nas normas com finalidades extrafiscais, como há relação de um meio (tributação) com um fim (promoção de um estado de coisas), é a proporcionalidade que deve ser usada para controlar a medida de comparação utilizada, a qual deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para o atingimento do fim¹⁵⁶.

A medida será *adequada* para a promoção do fim se provocar efeitos que efetivamente contribuam para o atingimento do fim¹⁵⁷. Será *necessária* se, dentre todas as medidas adequadas para promover determinada finalidade, ela for a que menos restringir o princípio da igualdade¹⁵⁸.

Finalmente, ela será *proporcional em sentido estrito* se, no geral, provocar mais efeitos positivos do que negativos em relação à promoção dos princípios constitucionais¹⁵⁹. Nesse sentido, a aplicação do princípio da igualdade tributária deve “*centrar-se em tributos determinados, pois a averiguação da isonomia no contexto de todo o sistema tributário é extremamente complexa (e, por vezes, inviável)*”¹⁶⁰.

¹⁵⁴ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.165.

¹⁵⁵VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p. 167.

¹⁵⁶ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.167.

¹⁵⁷ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.167.

¹⁵⁸ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.167.

¹⁵⁹ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.168.

¹⁶⁰VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p. 125.

Cabe ressaltar, entretanto, a opinião de Velloso, para quem “*os fins não fiscais jamais podem concretizar o princípio da isonomia tributária, sobretudo porque a extrafiscalidade não é um elemento da justiça tributária*”¹⁶¹.

De qualquer forma, é certo que o fato de ser possível uma definição dos elementos que compõem a igualdade não quer dizer que haja um único significado para a igualdade enquanto norma, ou seja, enquanto resultado da interpretação de textos normativos¹⁶². A igualdade pode ser tanto uma norma de 1º grau, ou seja, uma regra ou um princípio, quanto uma norma de 2º grau, isto é, um postulado normativo, também chamado de metanorma. Como afirma Humberto Ávila, “*o fenômeno da igualdade revela três formas normativas diferentes, pena que referidas com o mesmo nome*”¹⁶³.

A *igualdade-regra* tem na igualdade um objeto de aplicação, o qual preexclui algumas medidas de comparação do âmbito de competência do Poder Legislativo¹⁶⁴. Exemplo da aplicação da igualdade-regra foi a decisão do STF na ADI 4276¹⁶⁵, na qual se entendeu inconstitucional norma estadual que concedeu isenção fiscal aos oficiais de justiça que desejassem adquirir um automóvel, ante o óbice constitucional (art. 150, II¹⁶⁶) de se adotar a ocupação profissional como medida de comparação.

Conforme bem observado por Schoueri, o inciso II do art. 150 da Constituição Federal não se limita a repetir o constante no seu art. 5º: ele arrola

¹⁶¹VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p.173.

¹⁶²ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*. Ed. Malheiros. 11 ed. São Paulo: 2010, p. 30.

¹⁶³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.142.

¹⁶⁴ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.141.

¹⁶⁵ ADI 4276, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014

¹⁶⁶ CF, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

uma série de medidas de comparação que não podem ser admitidas para se conferir tratamentos tributários diferenciados a contribuintes¹⁶⁷.

A igualdade também é objeto de aplicação da *igualdade-princípio*, mas nessa espécie normativa a igualdade é um estado ideal de coisas¹⁶⁸. O STF, nos autos da ADI 1276¹⁶⁹, entendeu inexistir violação ao princípio da igualdade tributária na concessão de benefício fiscal a empresas que contratassem funcionários com mais de 40 anos, pois a igualdade-princípio poderia ser restringida pelo princípio da proteção ao trabalho e da solidariedade social¹⁷⁰.

Para Velloso, a igualdade-princípio é a dimensão fundamental da igualdade, sendo “*um mandado de otimização da igualdade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, que impõe aos agentes estatais a realização da máxima igualdade possível na criação e aplicação do direito*”¹⁷¹.

Por fim, a igualdade pode ser um postulado normativo. A *igualdade-postulado* é uma norma que “*verte parâmetros para a aplicação de outra*”¹⁷², ou seja, todas as normas devem ser aplicadas igualmente – essa igualdade na aplicação da norma, todavia, também pode ser encarada como decorrente da própria norma aplicada¹⁷³.

Ora, se a igualdade na aplicação das normas é propriedade das próprias normas (e não da igualdade) e a igualdade como norma de 1º grau nada mais é do que uma relação entre outras normas, estas sim com conteúdo material específico, é de se perguntar se a igualdade seria uma norma apenas formal, sem qualquer conteúdo.

¹⁶⁷ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.141.

¹⁶⁸SCHOUERI, Luís Eduardo, *Direito Tributário*. Ed. Saraiva. 5 ed. São Paulo: 2015, p. 350.

¹⁶⁹ADI 1276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-11-2002 PP-00017 EMENT VOL-02093-01 PP-00076

¹⁷⁰ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.141.

¹⁷¹VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p. 328.

¹⁷²ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.139.

¹⁷³MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Ed. Malheiros. 3 ed. 14. tir. São Paulo: 2006, p. 10.

Nesse sentido, para Peter Westen, a igualdade prescritiva seria uma mera tautologia, visto que tratar os iguais igualmente significaria dizer que pessoas que devem ser tratadas de determinada forma de acordo com determinada norma, devem ser tratadas de determinada forma de acordo com determinada norma¹⁷⁴. A prescrição da forma de tratamento igual estaria na norma, e não na igualdade.

Um exemplo ajudará a ilustrar o argumento de Westen.

No célebre caso *Yick Wo v. Hopkins*¹⁷⁵, a Suprema Corte americana se deparou com a seguinte situação: a cidade de São Francisco expediu, em 1880, um decreto que tornou ilegal a manutenção de lavanderias em prédios de madeira, a não ser que obtivessem o consentimento de um conselho municipal. A finalidade do decreto era evitar incêndios (e o trágico incêndio de 1906 mostrou que a preocupação era válida).

Entretanto, alguns elementos são importantes para a correta compreensão do contexto fático: havia 320 lavanderias na cidade, sendo que 310 eram de madeira. Ainda, cabe ressaltar que 240 dessas lavanderias eram de chineses.

Com a publicação do decreto, Yick Wo e os outros chineses tentaram obter licenças para operarem suas lavanderias; mesmo com a negativa do conselho municipal, eles continuaram a trabalhar, pelo que Yick Wo e outros 150 chineses foram presos. Por outro lado, dentre os 80 brancos que tentaram obter licenças para operar suas lavanderias, 79 lograram êxito.

A Suprema Corte entendeu que a prisão de Yick Wo e dos outros chineses seria discriminatória, pelo que determinou a imediata soltura dos presos, com base na 14^a emenda da Constituição americana, ou seja, com base na igualdade.

¹⁷⁴ WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*. Princeton Legacy Library. Princeton: 1990, p.188.

¹⁷⁵ 118 U.S. 356 (1886). Ver detalhes sobre o caso em BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 212.

Segundo a linha de raciocínio de Westen, a verdadeira ideia subjacente à correta decisão da Suprema Corte não seria a igualdade prescritiva. O que estaria sendo aplicado é a regra segundo a qual a licença *para operar uma lavanderia não pode ser negada com base em critérios irrelevantes, tais como raça*¹⁷⁶.

Para Christopher Peters, entretanto, Westen não levou em conta o único sentido em que a igualdade prescritiva teria um significado não tautológico: se A é igual a B, e A recebeu um benefício não merecido, o simples fato de B ser igual a A garantiria a A o mesmo tratamento¹⁷⁷. Entretanto, mesmo esse sentido de igualdade prescritiva não seria válido moralmente, visto que permitiria que as pessoas fossem tratadas de acordo com um critério irrelevante para o tratamento, bem como poderia justificar uma injustiça em razão de outra (se A recebe um tratamento injusto, e B é igual a A, B também deve ser tratado injustamente)¹⁷⁸.

A ideia de igualdade para Peters, todavia, não seria completamente imprestável, visto que algumas vezes, chamar a atenção para um tratamento desigual pode revelar uma injustiça no tratamento¹⁷⁹. Mas, uma vez identificada a injustiça, é ela que deve ser sanada, e não a desigualdade resultante dela¹⁸⁰.

Diante de tais ponderações, Humberto Ávila afirma que a igualdade é, em primeiro lugar, *“uma norma que está por trás de todas as outras”*¹⁸¹, pois lhes assegura uniformidade de aplicação. Em segundo lugar, a igualdade é *“uma norma que está ao lado de todas as outras”*¹⁸², já que deve buscar nas outras normas as medidas de comparação e a finalidade para que seja feito um juízo de igualdade.

Importante ressaltar que, para Humberto Ávila, considerar a igualdade como sendo formal, visto que fornece a estrutura para a aplicação de outras

¹⁷⁶ PETERS, Christopher, “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, 110, p. 1219.

¹⁷⁷ PETERS, Christopher, “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, 110, p. 1227.

¹⁷⁸ PETERS, Christopher, “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, 110, p. 1256.

¹⁷⁹ PETERS, Christopher, “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, 110, p. 1257.

¹⁸⁰ PETERS, Christopher, “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, 110, p. 1257.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.149.

¹⁸² ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.149.

normas, não significa que ela seja menos valiosa¹⁸³. Dizer que a igualdade é formal (estrutural) nada mais é do que constatar o seu modo de funcionamento¹⁸⁴.

Sem dúvida há um aspecto formal na igualdade, prescrito no início do caput do art. 5º da Constituição Federal e dirigido ao aplicador: “*todos são iguais perante a lei*”; não se pode ignorar, todavia, o aspecto material contido no mesmo texto normativo, o qual é dirigido ao legislador: “*sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à (...) igualdade (...)*”¹⁸⁵.

Ressalte-se: há, na Constituição Federal, previsão expressa para a concretização da igualdade material, tanto por meio da igualdade-princípio, que estabelece a todos os entes federados um “*dever de buscar um ideal de igualdade, equidade, generalidade, impessoalidade, objetividade, legitimidade, pluralidade e representatividade*”, quanto por meio da igualdade-regra, a qual determina um comportamento a ser adotado pelo legislativo e pelo executivo, notadamente o de igualdade de tratamento de situações equivalentes¹⁸⁶.

Inegavelmente, diante da forma como foi positivamente tratado pelo constituinte, o princípio da igualdade possui uma prevalência axiológica relativa em nível abstrato¹⁸⁷. Isso significa que, em que pese não existir uma prevalência absoluta, há um desnivelamento favorável à igualdade na ponderação com outros princípios, ou seja, o ônus argumentativo para se afastar outros princípios é menor do que o ônus argumentativo necessário para afastar a igualdade¹⁸⁸.

¹⁸³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.150.

¹⁸⁴ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.149.

¹⁸⁵ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.365.

¹⁸⁶ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.348.

¹⁸⁷ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.153.

¹⁸⁸ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.154.

Essa afirmação não é válida para todos os sistemas constitucionais, tampouco para todas as épocas. Tome-se, como exemplo, a maneira como a igualdade foi tratada pela Suprema Corte americana no início do século XX¹⁸⁹ – o *Justice* Oliver Wendell Holmes chegou a afirmar que a igualdade seria “o último recurso dentre os argumentos constitucionais”¹⁹⁰.

Entretanto, diante do atual ordenamento constitucional brasileiro, para que o legislador afaste a presunção de igualdade existente na Constituição não basta que seja explicado o porquê; é necessária uma justificativa, baseada em comprovado vínculo de pertinência entre a medida de comparação e a finalidade que ensejou o seu uso¹⁹¹.

Isso não significa que não possa haver a adoção de determinados padrões legais na legislação; muito pelo contrário: a impossibilidade de fiscalização de cada contribuinte individualmente clama pela adoção de uma generalidade na legislação, a qual deve levar em conta o que geralmente acontece¹⁹². O padrão deve possuir um suporte empírico que comprove a sua ocorrência na maioria dos casos, sem embargo da possibilidade do contribuinte poder controlar a existência de discrepâncias entre o padrão e o seu caso concreto¹⁹³. Na substituição tributária “para frente”, por exemplo, deveria ser permitido ao contribuinte demonstrar que a MVA (margem de valor agregado) de determinado produto não retrata a realidade, pelo que a base de cálculo “padrão” do ICMS estaria muito acima da base de cálculo efetivamente praticada.

Além de existir uma presunção em favor da igualdade, necessário referir que há no sistema constitucional tributário brasileiro uma preferência pela igualdade particular em detrimento da igualdade geral¹⁹⁴. Isso pode ser inferido

¹⁸⁹ WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*. Princeton Legacy Library. Princeton: 1990, p. 274.

¹⁹⁰ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 205, 208 (1927). No original: “the usual last resort of constitutional arguments”.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.164.

¹⁹² ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.92.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.94.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.154.

por três motivos: (i) a igualdade particular foi eleita como princípio geral (CF, art. 145 §1º¹⁹⁵), (ii) foi mantida como contraponto na sua exceção (CF, art. 150 §7º¹⁹⁶) e (iii) tem sua observância exigida na instituição de espécies tributárias, visto que há somente poder de tributar em relação à efetiva ocorrência de fatos abstratamente descritos, o que faz com que o contribuinte seja tratado de forma diferente na medida em que se diferencia dos demais, tanto em razão de suas particularidades (capacidade contributiva subjetiva) quando em razão das operações que concretamente pratica (capacidade contributiva objetiva)¹⁹⁷.

Diante do exposto acima, podemos concluir que a igualdade, notadamente enquanto princípio, consiste em uma norma fundamental, a qual possui uma preferência axiológica inclusive no campo tributário. Em razão disso, ela deve ser concretizada pelo judiciário, com a adequação das violações à igualdade perpetradas pelo legislativo, visto que a Constituição concedeu relevante espaço de atuação para o judiciário concretizar a igualdade, inclusive através de juízos positivos, desde que se respeitem os limites textuais impostos pelo legislador e o objetivo inequívoco da lei¹⁹⁸.

A separação de poderes não restará violada se o judiciário, em nome da igualdade, emitir juízos positivos. O próprio balanceamento entre os poderes, notadamente veiculado pelo art. 2º da Constituição Federal¹⁹⁹, exige que o Supremo tenha um papel ativo, jamais permitindo que esse Tribunal se tornasse um “*guardião anêmico e descompromissado*” com a realização dos valores fundamentais da Constituição²⁰⁰.

¹⁹⁵§ 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.

¹⁹⁶§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

¹⁹⁷ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.154.

¹⁹⁸ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.188.

¹⁹⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁰⁰VELLOSO, Andrei Pitten, *O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010, p. 363.

2.2 POR QUE TENHO MEDO DO LEGISLADOR NEGATIVO: Os dois Supremos Tribunais Federais

Na já referida ADI 4277/DF²⁰¹, em que o Supremo, por unanimidade, reconheceu às uniões estáveis homoafetivas os mesmos direitos das uniões estáveis heteroafetivas, a igualdade foi um dos principais fundamentos da decisão daquele tribunal. Em que pese a existência de dispositivo legal, o qual reproduzia textualmente dispositivo constitucional, prescrevendo que a união estável se daria somente entre homem e mulher, o STF entendeu que diversos princípios constitucionais (dentre eles, o princípio da igualdade) levariam a uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo legal, para reconhecer juridicamente a união homoafetiva. O reconhecimento da inconstitucionalidade da medida de comparação (orientação sexual), portanto, fez com que o Supremo, por meio de uma interpretação sistemática, conferisse os mesmos direitos a quem foi prejudicado em razão da adoção da medida de comparação inconstitucional.

Ao julgar o regime de precatórios estabelecido pela EC 62/09, nos autos da ADI 4.357/DF²⁰², sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo entendeu, dentre outras coisas, que haveria inconstitucionalidade em outorgar preferência aos credores com mais de 60 anos “*na data de expedição do precatório*”, constante no § 2º do art. 100 da Constituição²⁰³, na medida em que a medida de comparação eleita (ter 60 anos na data de expedição do precatório) não teria uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade da diferenciação (fazer com que os credores recebem em vida seus créditos), visto que os credores com mais de 60 anos que tivessem seus precatórios

²⁰¹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

²⁰² ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014.

²⁰³ § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

expedidos antes de completar tal idade seriam tratados arbitrariamente. Por meio da declaração de inconstitucionalidade da expressão “*na data de expedição do precatório*”, o Supremo determinou igual tratamento a todos os credores com mais de 60 anos, pouco importando a idade na data de expedição do precatório.

Em outro caso, também relatado pelo Ministro Luiz Fux, o Supremo teve que analisar a constitucionalidade de dispositivo legal que conferia apenas a partidos políticos a legitimidade para oferecer representação por propaganda política irregular à Justiça Eleitoral²⁰⁴. O STF entendeu que a exclusão da legitimidade do Ministério Público para oferecer a referida representação violava, dentre outras normas, o “*princípio de igualdade entre os partidos políticos*”, pelo que conferiu interpretação conforme a Constituição à expressão “*somente poderá ser oferecida por partido político*”. O STF, portanto, entendeu que para atingir a finalidade “controle das eleições” e, em última análise, “democracia”, seria necessário ampliar a medida de comparação eleita (partidos políticos) para incluir entre os legitimados a controlar as propagandas políticas o Ministério Público.

Por fim, ao se deparar com dispositivo legal que conferia pensão estatutária por morte às esposas dos servidores, mas que exigia dos maridos das servidoras falecidas comprovação de invalidez para a concessão da pensão, o Supremo entendeu haver inconstitucionalidade por afronta à isonomia²⁰⁵. É que, ao exigir apenas dos homens comprovação de invalidez para o auferimento de pensão, o dispositivo não observou a igualdade entre homens e mulheres. Assim, a medida de comparação “comprovação de invalidez” foi retirada do ordenamento jurídico.

Os casos descritos evidenciam que, especialmente no tocante à efetivação do princípio da igualdade, o STF tem adotado uma postura ativa. Algumas vezes por meio da declaração de inconstitucionalidade da medida de

²⁰⁴ ADI 4617, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2014 PUBLIC 12-02-2014

²⁰⁵ RE 439484 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 02-05-2014 PUBLIC 05-05-2014

comparação eleita, no que Humberto Ávila chama de efeito positivo indireto²⁰⁶; outras vezes, conferido interpretação conforme a Constituição a determinadas medidas de comparação, para que outros sujeitos que não os eleitos pelo legislativo sejam abarcados, efetivando, assim, o princípio da igualdade.

Entretanto, em nenhum dos casos analisados estava em jogo uma violação à igualdade tributária; diante desses casos, a postura do Supremo não é ativa.

Ao analisar recurso de produtor de açúcar mineiro que pretendia usufruir isenção fiscal concedido por lei federal apenas aos produtores de açúcar dos estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo²⁰⁷, o Supremo reafirmou sua icônica jurisprudência pela impossibilidade de conceder, ainda que sob o fundamento da isonomia, benefícios fiscais a quem o legislador não pretendeu contemplar, sob o pretexto da separação de poderes. Para o STF, a extrafiscalidade subjacente à escolha legislativa justificaria eventual desigualdade – a simples existência da extrafiscalidade é considerada fundamento suficiente para afastar o controle judicial, sequer se cogitando de qualquer controle da finalidade extrafiscal – sua função de mero “legislador negativo” não lhe daria competência para tanto. Tal entendimento é pacífico no âmbito do STF²⁰⁸.

Algumas vezes, mesmo diante da adoção, pelo legislador ordinário, de medida de comparação vedada pela Constituição Federal, o Supremo se esquivava de realizar o controle constitucional, com base na doutrina do “legislador negativo”. Tome-se, como exemplo, a jurisprudência reafirmada do STF²⁰⁹ em negar a extensão de parcelamento fiscal instituído por lei apenas

²⁰⁶ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.355.

²⁰⁷ AI 360461 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-06 PP-01077

²⁰⁸ Veja-se, por exemplo, o RE 782376 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 02-06-2015 PUBLIC 03-06-2015

²⁰⁹ RE 493234 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00047 EMENT VOL-02304-04 PP-00739 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 252-255; AI 737185 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012

para empresas públicas também às empresas privadas, mesmo diante do óbice constitucional de se adotar a medida de comparação “empresa pública” em matéria tributária²¹⁰.

Também com base na doutrina do “legislador negativo”, bem como na doutrina da separação de poderes, no já referido RE 405579/PR²¹¹, o Supremo afirmou que não poderia estender benefício fiscal concedido às fabricantes de automóveis para que estas revendessem pneus importados às revendedores de pneus que não fossem montadoras. Mesmo diante da alegação de que a medida de comparação eleita (ser fabricante de automóveis) não guardava pertinência com a finalidade do benefício fiscal (estimular o comércio de pneus importados), o STF limitou-se a afirmar que, poderia, no máximo, anular o benefício fiscal concedido às fabricantes, mas não estendê-lo às meras revendedoras de pneus.

Para bem da verdade, as decisões do STF fundamentadas no princípio da igualdade tributária são tão obscuras que se torna impossível estabelecer limitações precisas ao poder de tributar²¹². Entretanto, é possível inferir certo padrão no sentido de não controlar as desigualdades estabelecidas em razão de finalidades extrafiscais, em virtude de uma suposta discricionariedade conferida ao legislativo (e ao executivo) para promover tais fins.

A finalidade extrafiscal não faz com que o ato se torne discricionário, pois a finalidade eleita deve manter uma relação fundada e conjugada com a medida de comparação eleita; tampouco a extrafiscalidade torna o ato imune ao controle, pois o judiciário pode emitir juízos positivos²¹³.

A postura do STF, ao excluir a análise de finalidades extrafiscais de sua apreciação, é equivocada, pois sequer controla a efetiva promoção da finalidade extrafiscal pela medida desigualadora: deveria haver uma análise por

²¹⁰ Art. 173, § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

²¹¹ RE 405579, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-02 PP-00144 RTJ VOL-00224-01 PP-00560.

²¹²ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.357.

²¹³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.191.

meio do postulado da proporcionalidade para saber se o tratamento desigual é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para o atingimento do fim extrafiscal²¹⁴.

Com base nessa lógica, se o Supremo se deparasse com um caso como *Yick Wo*, a decisão seria, inevitavelmente, no sentido de afirmar a discricionariedade do executivo em promover suas políticas públicas, sendo a finalidade da política em questão (prevenção contra incêndios) albergada pela Constituição Federal, sequer se atentando para as consequências discriminatórias da referida política pública. É dizer: o STF está preso em um modelo de separação de poderes já refutado pela *Supreme Court* americana em 1886.

Ao contrário do que a (má) utilização da tese do legislador negativo dá a entender, o Supremo possui sim competência para emitir juízos positivos. Esses juízos positivos, segundo Humberto Ávila, podem ocorrer em três tipos de circunstâncias²¹⁵.

A primeira circunstância na qual o Supremo pode emitir juízos positivos é ao analisar os efeitos prospectivos da lei (por exemplo: verificar se determinada majoração tributária irá afetar a livre concorrência) e ao considerar as alternativas que deveriam ter sido consideradas pelo legislativo (por exemplo: realizar um exame de necessidade de adoção de determinada medida para promover uma finalidade extrafiscal)²¹⁶.

Para ilustrar tal circunstância, interessante trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do art. 14 da EC 20/98, a qual limitava os benefícios da Previdência Social a R\$ 1.200,00, sem qualquer ressalva à licença-gestante, de forma a encarecer a contratação de mulheres:

O que importa são as consequências de fato. Se produz, ou não, em concreto, a discriminação proibida. Não importa qual seja a intenção. A análise da situação deve

²¹⁴ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.360.

²¹⁵ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.185.

²¹⁶ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.185.

estar centrada nos efeitos ou consequências concretas da opção legislativa ou da decisão tomada no caso concreto. É necessário que se examinem os fatos e os efeitos que neles se produzem²¹⁷.

Uma curiosidade: o mesmo Ministro Celso de Mello, ao se deparar com questões tributárias, não detém sua atenção para “as consequências de fato”, utilizando-se invariavelmente da tese do “legislador negativo” para não adentrar no mérito do caso²¹⁸.

O Supremo também pode (e deve) emitir juízos positivos quando provoca efeitos positivos em decorrência de uma decisão²¹⁹. A declaração de nulidade de medida de comparação, por exemplo, é uma forma de se dotar uma decisão de eficácia positiva indireta²²⁰.

Diante de lei que concedeu revisão de vencimentos apenas para servidores militares, o STF declarou a inconstitucionalidade de se discriminar os servidores militares dos servidores civis, retirando do critério de dscrímen a medida de comparação “militares”, gerando, com isso, um efeito positivo para os servidores civis²²¹.

Das três circunstâncias nas quais, segundo Humberto Ávila, o judiciário pode emitir juízos positivos, esta (nulidade da medida de comparação) é a única que vem sendo adotada pelo Supremo em matéria tributária.

Por fim, o Supremo deve construir significados ao concretizar o padrão legal estabelecido pelo legislativo, realizando interpretações conforme a

²¹⁷ STF, ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, 4.2003.

²¹⁸ Ver RE 782376 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 02-06-2015 PUBLIC 03-06-2015); AI 360461 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-06 PP-01077; RE 181138, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 06/09/1994, DJ 12-05-1995 PP-13019 EMENT VOL-01786-07 PP-01496; AI 138344 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 12-05-1995 PP-12989 EMENT VOL-01786-01 PP-00183; AI 142348 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 24-03-1995 PP-06807 EMENT VOL-01780-03 PP-00407.

²¹⁹ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.186.

²²⁰ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010, p.355.

²²¹ RMS 22.307-DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.02.1997, DJU 13.06.1997

Constituição²²². Seria indefensável, entretanto, reservar apenas ao Poder Legislativo a competência para estabelecer padrões legais e negar ao Poder Judiciário o poder para conformar tais padrões à Constituição²²³ – tal postura equivale a retirar o judiciário do balanceamento de poderes, tal como fez Montesquieu no século XVIII.

Existem casos em que, se é verdade que há desigualdade, não há outra forma de se concretizar a igualdade que não pela extensão dos benefícios. No referido caso da importação dos pneus, por exemplo, o benefício fiscal visava a estimular o comércio de pneus importados, de forma que de nada adiantaria anulá-lo em nome da igualdade: para que a finalidade extrafiscal (comércio de pneus importados) fosse atingida, com respeito à igualdade tributária, o certo seria conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo legal que concedeu o benefício.

Quando o Supremo afirma que, para concretizar a igualdade, apenas pode retirar benefício fiscal de quem o ganhou, e não concedê-lo a quem também merecia ganhar tal benefício, está a se comportar como um pai que presenteia no natal apenas um dos seus dois filhos, os quais se comportaram de mesma maneira exemplar durante o ano. No momento em que o filho não presenteado reclamar da *desigualdade* do tratamento que lhe foi conferido, mesmo tendo adotado comportamento *igual* ao do seu irmão, poderá obter, como solução para a *desigualdade* ocorrida, a retirada do presente do seu irmão. “Pronto, meu filho”, dirá o pai, “agora você e o seu irmão foram tratados igualmente”. Ora, dois erros não são *iguais* a um acerto.

A incipiente (e por vezes hesitante) jurisprudência de anular a medida de comparação que viole a igualdade tributária, fazendo com que os contribuintes injustamente discriminados sejam abarcados pelo tratamento desigual, é correta – todavia, é insuficiente. A interpretação conforme a Constituição deve ser adotada pelo Supremo nestes casos, para que a promoção das finalidades

²²²ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.187.

²²³ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.187.

extrafiscais eleitas pelo legislador seja preservada, sem que se viole, todavia, a igualdade tributária.

Ressalte-se, por fim, que é possível conferir à interpretação conforme a Constituição uma eficácia aditiva²²⁴. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, devemos aguardar para ver se o Supremo Tribunal Federal, nos próximos anos, irá “*se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo*”²²⁵.

²²⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva. 6 ed. São Paulo: 2011, p. 1371.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva. 6 ed. São Paulo: 2011, p. 1372.

CONCLUSÃO

Existem dois Supremos Tribunais Federais. Há o Supremo Tribunal Federal que decide questões de grande repercussão, em razão das quais o STF figura na mídia; há também o Supremo Tribunal Federal que decide questões tributárias.

O primeiro é o Supremo que, por meio da aplicação de princípios e de interpretações conforme a Constituição, atua positivamente para concretizar direitos fundamentais abstratos; enfim, é o tribunal composto pelos juízes de quem Eros Grau tem medo.

O segundo Supremo é o composto por legisladores negativos, devotos da doutrina kelseniana elaborada na primeira metade do século passado e em um contexto completamente distinto do atual. Também a esses juízes se deveria temer.

Conforme proposto nas conclusões parciais do presente trabalho, o Supremo pode adotar tanto uma postura ativa quanto uma postura passiva, pois ambas as posturas são constitucionais. Entretanto, a postura do STF diante da violação à igualdade tributária é, inegavelmente, de uma inconstitucional autocontenção.

Nesse sentido, cabe lembrar a inegável prevalência axiológica relativa em nível abstrato do princípio da igualdade, inferido pela forma com que tal princípio foi tratado pelo constituinte²²⁶. A igualdade não é mero capricho dos contribuintes; ela traduz-se num verdadeiro direito fundamental, cujos contornos constitucionais fazem com que sua efetivação seja um dever para o Supremo.

E, para bem da verdade, a importância da igualdade parece ser compreendida pelo Supremo, em diversos casos, tais como quando do reconhecimento da união homoafetiva ou quando da declaração de

²²⁶ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.153.

inconstitucionalidade de determinados aspectos do regime de precatórios. Diante da violação da igualdade tributária, entretanto, o Supremo se apequena.

Repita-se: não se está a advogar por uma (inconstitucional, segundo o presente trabalho) postura ativista do Supremo, que ignore as decisões dos demais poderes. Até porque, nunca é demais lembrar, o judiciário é totalmente dependente do executivo para que suas decisões sejam coercitivas²²⁷.

Por óbvio, a atuação judicial ativa encontra uma barreira intransponível nos sentidos mínimos dos textos normativos²²⁸, ultrapassada essa barreira, o Supremo passa a ser ativista. Não é essa a postura que o STF deve adotar diante da violação à igualdade tributária; o presente trabalho sustenta, tão-somente, que ferramentas utilizadas pelo Supremo para decidir matérias de maior repercussão, tais como a interpretação conforme a Constituição, conferindo efeitos aditivos a dispositivos legais, sejam também utilizadas para concretizar a igualdade tributária.

Diante de tais ponderações, passa-se a responder as perguntas elaboradas na introdução do presente trabalho:

a) Em qual dos dois casos (Caso da Importação de Pneus e Caso da União Estável Homoafetiva) o Supremo agiu corretamente? O Supremo agiu corretamente no Caso da União Estável Homoafetiva, ao atribuir, em nome da igualdade, os efeitos da união estável heterossexual à união estável homoafetiva. Isso porque é possível ao Supremo, mediante interpretação conforme a Constituição, conferir efeitos aditivos a dispositivo legal, corrigindo-o em nome da igualdade. Já no Caso da Importação de Pneus, o Supremo agiu de forma equivocada, pois, pelas razões expostas, cabia-lhe concretizar a igualdade mediante a extensão dos benefícios fiscais a quem foi indevidamente prejudicado.

b) A postura do STF diante da igualdade sexual é ativista, ou a postura do STF diante da igualdade tributária que é contida? A postura do STF diante

²²⁷BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986, p. 252.

²²⁸ÁVILA, Humberto, *Teoria da Igualdade Tributária*. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015, p.190.

da igualdade sexual, no Caso da União Estável Homoafetiva, foi ativa, mas não ativista, visto que sua decisão gerou efeitos positivos, mas respeitou os limites constitucionais. Já o Supremo, no Caso da Importação de Pneus, agiu aquém do que lhe incumbia constitucionalmente, ou seja, adotou uma postura de autocontenção.

c) A separação de poderes realmente exige que o Supremo se atenha a uma posição de legislador negativo, sem dotar suas decisões de quaisquer efeitos positivos? Não. A separação de poderes propõe um balanceamento entre os poderes, no qual incumbe ao Poder Judiciário interpretar a atuação dos demais poderes de forma a torná-los conforme a Constituição, mediante, inclusive, a atribuição de efeitos positivos a suas decisões. Isso não significa, evidentemente, que o Poder Judiciário possa criar normas gerais e abstratas que ignore os sentidos textuais mínimos da legislação.

Em suma, a adoção, por parte do Supremo, da doutrina do legislador negativo, faz com que o legislativo e o executivo possam conferir tratamento desigual a contribuintes com base em finalidades incontrolláveis pelo judiciário. Com isso, nem o atingimento da finalidade é verificado, nem a desigualdade do tratamento é sanada.

É disso que tenho medo: de, enquanto contribuinte, ser submetido a tratamento desigual cuja *ratio* esteja acima da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6 ed. São Paulo: Martin Claret: 2001.

ÁVILA, Humberto, **Sistema Constitucional Tributário**. Ed. Saraiva. 4 ed. São Paulo: 2010.

_____, Humberto, **Teoria dos Princípios**. Ed. Malheiros. 11 ed. São Paulo: 2010.

_____, Humberto. **Ativismo Judicial e o Direito Tributário**. in Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, 15º vol., p. 150-159, 2011.

_____, Humberto, **Teoria da Igualdade Tributária**. Ed. Malheiros. 3 ed. São Paulo: 2015.

BARBERIS, Mauro, **Separazione dei poteri e teoria giusrealistadell'interpretazione**. In GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. *Richerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf. Acesso em: 18/11/2015.

BICKEL, Alexander M., **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. Yale University Press. 2 ed. New Haven and London: 1986.

CAPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”**. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 20, p. 261-286, 2001.

DWORKIN, Ronald, **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2014.

GRAU, Eros Roberto, **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. Ed. Malheiros. 6 ed. 2 tir. São Paulo: 2014.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist** n. 78, The Judiciary Department, Alexander Hamilton, Independent Journal, 14 de Junho de 1778.

KELSEN, Hans, **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. 3 ed. São Paulo: 2013.

LOCKE, John, **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de AnoarAiex e E. Jacy Monteiro. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)

MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes Obrigatórios**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva. 6 ed. São Paulo: 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, **Do Espírito das Leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Coleção Os Pensadores)

PETERS, Cristopher, "**Equality Revisited**", Harvard Law Review, 110, p. 1257.

POSNER, Richard, **The Meaning of Judicial Self-Restraint**. in 59 Indiana Law Journal. (1983).

_____, Richard, **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. in 100 California Law Review, p. 519-556, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo, **Direito Tributário**. Ed. Saraiva. 5 ed. São Paulo: 2015.

TARELLO, Giovanni, **Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e codificazione del diritto**. Società editrice il Mulino, Bologna: 1976.

THAYER, James B. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**.in Harvard Law Review. Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), p. 129-156

TROPER, Michel, **La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française**, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1980.

VELLOSO, Andrei Pitten, **O princípio da isonomia tributária – da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010.

WESTEN, Peter, **Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse**. Princeton Legacy Library. Princeton: 1990.