

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**FRANCESCO FERREIRA SCUOTTO**

**DE QUE SERVE O TEXTO DA LEI?**  
**O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo em Matéria Tributária**

Rio de Janeiro, junho/2015

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**FRANCESCO FERREIRA SCUOTTO**

**DE QUE SERVE O TEXTO DA LEI ?**

**O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo em Matéria Tributária**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Professor Leonardo de Andrade Costa, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, junho/2015

DE QUE SERVE O TEXTO DA LEI ?  
O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo em Matéria Tributária

Elaborado por FRANCESCO FERREIRA SCUOTTO

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Professor Leonardo de Andrade Costa, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

**Comissão Examinadora:**

Orientador: LEONARDO DE ANDRADE COSTA

Examinador 1: LEANDRO MOLHANO

Examinador 2: MELINA ROCHA LUKIC

**Assinaturas:**

---

Leonardo de Andrade Costa

---

Leandro Molhano

---

Melina Rocha Lukic

**Nota Final:** \_\_\_\_\_

Rio de Janeiro, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, por me permitirem chegar aqui e por me incentivarem a continuar, todo meu amor.

Ao meu irmão, por ser minha ponte com o passado e minha única certeza no futuro, toda minha cumplicidade e devoção.

Aos meus amigos, pelas maiores surpresas, pelas mais honestas risadas e pelo eterno apoio, todo meu carinho e atenção.

Aos meus professores, por me atestarem que o caminho para a excelência é a dedicação, toda minha gratidão e respeito.

Ao Leonardo, minha referência profissional, pelos incompensáveis ensinamentos e por toda paciência, minha eterna e mais sincera admiração.

## TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, **FRANCESCO FERREIRA SCUOTTO**, brasileiro, solteiro, portador do RG n° 25.470.701-1 e do CPF/MF n° 136.629.767-90, na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que: **(i)** o referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto PLÁGIO, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, idéias e palavras de outra pessoa; **(ii)** as citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO; **(iii)** todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio; **(iv)** Todos os resumos e/ou sumários de idéias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getulio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

**Data:**

---

**Assinatura do Aluno**

"Inexistindo valores necessários que limitem sua interpretação,  
o Direito pode ser qualquer coisa que o poder queira."

– *Matos-Milão*

**RESUMO**

Este ensaio pretende demonstrar indícios de que, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Justiça brasileira, extrapola os limites da atividade hermenêutica para introduzir no ordenamento decisões de cunho eminentemente legislativo, desconsiderando o *texto da lei* enquanto limite interpretativo. Isso indicaria, por consequência, uma possível usurpação de função que não lhe é própria e violação à Separação de Poderes. Tal assertiva será demonstrada através de levantamentos bibliográficos sobre o tema, análise jurisprudencial e entrevistas com outros profissionais do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE**

Hermenêutica Jurídica. Texto da Lei. Limites Interpretativos. Supremo Tribunal Federal. Legislador Positivo.

**ABSTRACT**

This essay intends to demonstrate evidences that Brazilian Supreme Court, the highest judicial court in Brazilian Justice, goes beyond interpretive boundaries to introduce decisions that imprint a legislative nature, disregarding the *text of the law* as an interpretive limit. It indicates, as consequence, a possible usurpation of the legislative function and violation of the Separation of Powers. This assertion will be demonstrated with reference to the literature about the phenomenon, jurisprudential analysis and interviews with other legal practioners.

**KEY-WORDS**

Legal Hermeneutics. Law Text. Hermeneutics Boundaries. Judicial Self-Restraint. Supreme Court. Positive Legislator.



## SUMÁRIO

Introdução .....	8
1. Premissa Epistemológica e Metodologia .....	13
2. Marco Teórico-Filosófico: Pós-Positivismo e Protagonismo Judicial .....	15
3. O Texto da Lei .....	19
3.1. Hans Kelsen: A Moldura da Norma.....	19
3.2. Owen Fiss: A Intepretação Objetiva.....	21
3.3. Karl Larenz: Interpretação <i>Intra Legem</i> .....	23
3.4. Síntese Teórica: afinal, de que serve o texto da lei ?.....	27
4. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Interpretação no Caso Concreto .....	29
4.1. RE n° 588.322 – RO: As Taxas de Polícia .....	32
4.2. RE n° 198.988-5 – SP: ICMS e as Operações Interestaduais com Derivados de Petróleo .....	35
4.3. ADI n° 2.588 - DF: Tributação de Coligadas e Controladas no Exterior .....	38
4.4. AgR RE n° 550.170 – SP: IPI sobre Importação de Veículos para Uso Próprio .....	44
5. A Atividade Judicante do Supremo sob a Perspectiva de Outros Tributaristas .....	47
5.1. Entrevistas e Dados Coletados .....	47
6. Conclusão .....	52
7. Referências .....	55
8. Anexos .....	58

## INTRODUÇÃO

Há algum tempo o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Justiça brasileira e com atribuição para exercer a jurisdição constitucional, vem atuando como verdadeiro legislador positivo em matéria tributária, principalmente por meio da adoção de mecanismos hermenêuticos de decisão. O texto da lei – que deveria operar limite interpretativo intransponível – não mais desempenha o seu respectivo papel quando da composição de alguns processos que chegam ao STF. A questão, relativa à atividade hermenêutica, dá relevo a questionamentos sobre a existência de limites decisórios na Corte e, principalmente, sobre a validade de suas decisões.

Cabe ressaltar desde já que não se pretende advogar neste trabalho o retrocesso aos tempos em que a lei comportava sentido unívoco, buscar unanimidade interpretativa nos colegiados e perfilhar o pensamento da Escola Exegética (também denominada de Escola Legalista), a qual acentuava a observância da letra da lei por parte daqueles que exerciam a atividade jurisdicional (REALE, 1998, p. 417). Também não se objetiva questionar a existência do caráter criativo na atividade dos juízes, principalmente quando a máxima, além de esbarrar na possibilidade de edição de verdadeiras normas gerais pelos Tribunais Superiores (como as súmulas vinculantes), já é contemplada por diversos notáveis do direito contemporâneo – Hans Kelsen, Robert Alexy, Owen Fiss etc. A norma jurídica material, conforme pugnamos, é produto tanto da interpretação judicial quanto do texto-objeto fruto do Parlamento, e não deste último apenas, de forma que reconhece-se a sublime importância da atividade interpretativa do Poder Judiciário na construção do direito.

O aspecto inusitado, que revela-se do exame de diversas decisões da Suprema Corte, reside nas circunstâncias por meio das quais o sentido de um texto normativo dotado de uma delimitação aparente no seu texto – ainda que de genérica –, acaba sendo substancialmente alterado ou distorcido, e aplicado de forma indevida. Isto porque, como se pressupõe, o texto da norma é desenhado da forma mais clara e inequívoca possível para que a vontade do Parlamento possa ser identificada e obedecida, motivo pelo qual as palavras e expressões contidas nos preceitos legais são utilizadas nos seus sentidos usuais e/ou técnicos via de regra<sup>1</sup>. Nas palavras de Karl Larenz (2005, p. 450-451) sobre a atividade legiferante, "há que se aceitar que aquele que pretende dizer algo, usa as palavras no sentido que são comumente entendidas".

---

<sup>1</sup> Conforme rezava Norberto Bobbio, "o rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência". 1950, p. 200-36.

Dito de outra forma, apesar de determinada norma ser dotada de um comando jurídico de fácil determinação de sentido e alcance, acaba sendo desfigurada pelo Supremo Tribunal Federal quando este decide pela sua aplicação em hipótese diversa daquela contida na norma, ou até mesmo em hipótese na qual era vedada sua aplicação – casos de antinomia entre comando legislativo e comando judicial.

Nesse contexto, busca-se demonstrar que o STF, ao proferir decisões em alguns processos de matéria tributária, tem levado ao extremo – e inclusive violado – o Princípio da Separação de Poderes, esculpido no art. 2º, da Carta Maior de 1988<sup>2</sup>, criando comandos jurídicos que deveriam ser editados via Poder Legislativo<sup>3</sup>. Isso ocorre com certa frequência quando ele se propõe a interpretar determinado instituto e ultrapassa os limites dessa atividade, estabelecendo regras que contradizem o ordenamento. Tal situação, vale dizer, não indica necessariamente um distanciamento da atividade para a qual foi criado, mas certamente uma ampliação excessiva de suas atribuições, o que configura uma usurpação, para si, e talvez inconsciente, de função que não lhe é própria.

Observe-se que o objeto de estudo não pode ser confundido com problemáticas relativas à *criação do direito* a partir de *fontes não escritas* no ordenamento (o que alguns poderiam confundir com atividade legislativa), que comumente abordam-se de forma conjunta (NOJIRI, 2005). Explica-se. Tome-se como exemplo o Princípio da Insignificância do Direito Penal. Não constitui objeto deste trabalho discutir sua vigência ou o fato deste princípio de construção doutrinária-jurisprudencial (não expresso em textos normativos) ser suficiente para afastar a tipicidade de crime previsto expressamente numa lei penal. Em outras palavras, sobrepor a vontade judicial à norma expressa na lei. Cumpre destacar, também, que não se pretende fazer um juízo de valor quanto ao mérito da decisão final da Corte, ou quanto à existência de uma alternativa decisória mais justa. O que se pretende é demonstrar que, mesmo para os casos nos quais a decisão do Supremo foi dada num sentido socioeconômico mais eficiente, não se pode desconsiderar que para buscar a eficiência houve a necessidade de criação do direito para além do texto da lei.

Para melhor esclarecer o que se pretende defender neste estudo, o presente trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira serão expostas as duas premissas da ciência do direito que sustentam as teses defendidas, quais sejam as assertivas de que (i) os

---

<sup>2</sup> CRFB, 1988. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>3</sup> O fenômeno desperta algumas preocupações na doutrina jurídica nacional. Nesse sentido, manifesta-se Yves Gandara: "prefiro o pior dos Congressos ao melhor STF para fazer leis".

juízes de fato exercem atividade criativa ao julgar, e que (ii) essa atividade criativa encontra limite no texto do diploma que se interpreta, que não pode ser ignorado ou menosprezado.

Nessa linha de pensamento, surgem os seguintes problemas de pesquisa:

**Problema A:** O texto da lei é efetivamente limite interpretativo para o Supremo Tribunal Federal?

**Problema B:** Que instrumentos permitem ao STF atuar como legislador positivo nesses casos?

**Problema C:** Profissionais do Direito têm a percepção de que o STF atua como legislador positivo em matéria tributária ?

As hipóteses a serem testadas, relacionadas às questões fundamentais acima aludidas, são as seguintes:

**Hipótese A:** O STF não se autolimita pelo texto normativo quando da realização de sua atividade judicante. Em outras palavras, como já se pôde deduzir, parece que o texto da lei é desprezado em alguns julgamentos, o que origina comandos judiciais que conflitam diretamente com comandos legislativos, e cuja repercussão é a introdução de uma nova "lei" no ordenamento pátrio;

**Hipótese B:** O STF se utiliza de instrumentos interpretativos para justificar decisões cuja matéria ou extensão pressuporiam atividade legislativa para que fossem válidas no ordenamento jurídico; e

**Hipótese C:** É possível afirmar que entre os profissionais da área existe a percepção de que o STF atua como legislador positivo em matéria tributária.

Para desenvolvimento do trabalho e teste das hipóteses acima referidas, na segunda parte da monografia serão examinados julgados que envolvem a análise de dispositivos legais e constitucionais tributários já submetidos à interpretação do Supremo<sup>4</sup>, a partir dos quais pretende-se demonstrar que diversas decisões já proferidas possuem contornos de comandos naturalmente legislativos, cujo produto é sempre mais próximo de uma *lei* do que de um *acórdão*, sendo usualmente disfarçadas com técnicas de hermenêutica.

Em seguida, serão analisadas as opiniões de outros tributaristas obtidas através de entrevistas realizadas para este fim, com vistas a conferir se em alguma medida o STF de fato usurpa competência típica do Poder Legislativo. E por fim, será delineada a conclusão que se pôde obter através das pesquisas aqui realizadas, para indicar se

---

<sup>4</sup> Considere-se para o presente trabalho que as proposições feitas acerca do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete da norma pressupõem apenas os casos de normas vigentes, constitucionais. Não se nega ou questiona a competência do Tribunal de retirar do ordenamento aquelas que por bem julgar como atentatórias à CRFB. As análises devem ser vistas sempre sob a ótica de uma norma vigente, ao qual o STF pretende dar concreitude no mundo jurídico.

em maior ou menor grau (ou até nenhum) pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo em matéria tributária.

A título de curiosidade, como as discussões travadas com outros profissionais de área indicaram que a abordagem do tema muitas vezes remete a perspectiva alheia ao terreno do *ativismo judicial*, cumpre repisar que o presente trabalho dedica-se à observação do *texto legislativo* como limite e referência interpretativos, cujo foco centra-se no papel da *lei* perante o Judiciário. Não há que se ter em mente, apesar de anteciparmos a crítica pontual que faremos ao Tribunal, que pugnamos pelo seu ocaso ou desvirtuação, como se a instituição houvesse se corrompido e falhado no seu papel com o direito, ou proferir juízos de valor acerca do mérito de suas decisões. Reiteramos: trata-se de crítica pontual, de uma pretensão ingênua de contribuição e aperfeiçoamento da ciência jurídica no que diz respeito à hermenêutica do Supremo Tribunal Federal e sua relação com o texto da lei, cuja vigilância muitas vezes demonstra possibilidades de renovação.

## 1. PREMISSA EPISTEMOLÓGICA E METODOLOGIA

Nos dizeres de Antônio José Barbosa de Oliveira (2014), a *linguagem* de uma instituição deve ser entendida como uma

"prática social concreta, como um sistema de atos simbólicos realizados em determinado contexto social, com objetivo preciso de produção de sentidos. Não é somente um meio através do qual se descreve ou se interpreta a realidade: é, ao contrário, o modo de agirmos no mundo, isto é, de interagirmos socialmente. [...] Ao nos interessarmos por personagens de um discurso, somos levados à noção de **estratégias discursivas** (grifos do autor), que devem ser entendidas como 'a maneira como o sujeito falante tenta se apoderar do papel que lhe convém e atribuir aos seus interlocutores os papéis que escolheu para eles'" (p. 23-24).

Com isso, o que se deve ter em mente é que a *linguagem* da instituição analisada é a própria *interpretação jurídica*, tanto como atividade-fim quanto como produto dessa atividade<sup>5</sup>. Em suma, a análise da jurisprudência do Tribunal é necessariamente a análise da sua *interpretação* sobre o direito e o texto da lei, que por sua vez é também a análise da sua *linguagem institucional*.

Partindo disso, as observações serão feitas a partir de duas perspectivas distintas: (i) primeiramente, analisando-se a interpretação do Supremo no caso

---

<sup>5</sup> Isto porque, classicamente, atribuem-se dois sentidos semânticos ao vocábulo: um que diz respeito à variação do verbo interpretar, enquanto atividade-meio de interpretação, e um outro que significa o produto dessa atividade interpretativa, qual seja o da interpretação já produzida sobre determinado objeto analisado. Se a interpretação enquanto atividade está contaminada, a interpretação enquanto produto também estará. Vide: NOJIRI, *op. cit.*, p. 122.

concreto, restrita aos elementos de cada lide; (ii) posteriormente, analisando o comportamento interpretativo da Corte enquanto *modus operandi* institucional, de forma a indicar que o Supremo não apenas "legislou" num caso específico mas que na verdade reitera paulatinamente a conduta legislativa para solução de alguns casos.

Por honestidade intelectual, vale mencionar que a interpretação de um objeto de estudo, enquanto interpretação de outra interpretação, pode também conter exageros, sinais de violência quanto ao sujeito que se analisa, porque em certa medida sempre irá suprimir, agregar, desvirtuar ou descontextualizar uma interpretação original (ANTELO, 2009; CAMPOS, 2004)<sup>6</sup>. Contudo, em se tratando de decisões judiciais, pressupõe-se que a máxima é mitigada pelo fato de instruírem o processo civil brasileiro os princípios da *motivação*<sup>7</sup> e *publicidade*, de forma que todos os elementos utilizados para fundamentar as decisões analisadas são obrigatoriamente parte expressa do seu corpo e de acesso universal – além do fato de que toda decisão judicial necessariamente remete a uma norma jurídica (BARROSO, 2014, p. 16) – o que determina que a atividade interpretativa da Suprema Corte traduza-se em um texto de caráter lógico-sistemático-objetivo, impossibilitando (ou pelo menos afastando), por conseguinte, a chance de desconsiderar-se aqui alguma premissa jurídico-ideológica que tenha justificado a decisão.

A partir de tal premissa epistemológica busca-se no presente trabalho desenvolver a questão nuclear da pesquisa em curso, qual seja, a análise crítica da jurisdição constitucional do STF em matéria tributária. Com vistas a alcançar os objetivos deste estudo, adotar-se-á o método de pesquisa crítico-dialético (SILVA; MENEZES, 2008)<sup>8</sup>, por meio do

---

<sup>6</sup> "O conteúdo de uma comunicação, não obstante a fala humana, é tão rica e apresenta uma visão polissêmica e valiosa, que notadamente permite ao pesquisador qualitativo uma variedade de interpretações. Talvez o maior 'nó' em relação à abordagem desses conteúdos está em como visualizá-lo no campo objetivo, a princípio mais palpável; e no campo simbólico, ou seja, naquilo que não está aparente na mensagem. Isto nos remete a uma breve discussão sobre os limites dos 'conteúdos manifestos' e dos 'conteúdos latentes' de uma mensagem. Em relação aos conteúdos manifestos (explícitos), é dele que se deve partir (tal como se manifesta) e não falar 'através dele', num exercício de mera projeção subjetiva, da mesma maneira é importante que os resultados da análise de conteúdo devam refletir os objetivos da pesquisa e ter como apoio indícios manifestos no conteúdo das comunicações". CAMPOS, 2004, p. 612-613.

<sup>7</sup> CRFB, 1988. **Art. 93.** *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.* A respeito dos referidos princípios, veja-se: GRECO, 2002, p. 9-68.

<sup>8</sup> Asseveram as autoras, com base em Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, que "o método dialético fundamenta-se na dialética proposta por Hegel, na qual as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. É um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade", ou seja, os fatos devem ser examinados dentro de um determinado cenário social, político e econômico". p.26. (vide GIL, 1999; LAKATOS; MARCONI, 1993).

qual se busca coadunar pesquisas qualitativa<sup>9</sup> e quantitativa<sup>10</sup>, além de associar outros aspectos jurídicos, sociais e econômicos da realidade, com fim de encontrar possíveis respostas ou soluções para as hipóteses apresentadas ao longo do trabalho.

Desta forma, a pesquisa qualitativa corresponderá às entrevistas realizadas com profissionais do direito em atuação, cujos ofícios demandem práticas interpretativas e diálogos com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, com vistas a testar as hipóteses mencionadas anteriormente. A quantitativa diz respeito às decisões levantadas a partir das quais verificam-se indícios de atividade legislativa usurpada pela Corte, sistematizadas no decorrer desta monografia.

## 2. MARCO TEÓRICO-FILOSÓFICO: PÓS-POSITIVISMO E PROTAGONISMO JUDICIAL

**"With five votes, we can do anything".**

William O. Douglas, Ministro da Suprema Corte Americana.

Em meio à febre que retira da *lei* toda sua glória e opulência e as depositam nos *princípios*, vale recordar que o instituto desempenhou um papel importante em nome da segurança jurídica ao limitar os poderes jusnaturais – e absolutos – dos soberanos durante todo o período de transição da idade média para a moderna (sécs. XVIII – XIX). Qualquer estudante que tenha iniciado seu curso já em meio ao fervor do *pós-positivismo* parece menosprezar toda a importância que a lei conquistou historicamente, além de duvidar da existência de qualquer *justiça* concreta anterior à promulgação da Constituição de 1988 e seus princípios com força normativa<sup>11</sup>. Como bem sintetiza Roger Aguiar (2004, p. 146), a *"colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos*

<sup>9</sup>*Idem. Ibidem.* A pesquisa qualitativa leva em consideração a relação entre os fatos da vida e o sujeito, ou seja, a objetividade dos fatos da vida se interconectam com a subjetividade do “*sujeito, que não pode ser traduzido em números*”.

<sup>10</sup>*Idem. Ibidem.* Ensinam as autoras: “*a pesquisa quantitativa considera que tudo pode ser quantificável, o que significa traduzir em números opiniões e informações para classificá-las e analisá-las. Requer o uso de recursos e de técnicas estatísticas (percentagem, média, moda, mediana, desvio-padrão, coeficiente de correlação, análise de regressão, etc.)*”.

<sup>11</sup> Para a corrente jusfilosófica positivista, os princípios jurídicos teriam aplicação somente em caráter supletivo ou interpretativo, não implicando em comandos normativos concretos. Vale conferir: FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 105-131.

*e extravagâncias produzidos pelo absolutismo*". Expressão clara desse papel veio com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>12</sup>, em 1789.

Como bem apontado por Gustavo Binenbojm (2008), a própria lógica do positivismo legalista ocasionou a ruína e o desprestígio da lei ao longo tempo, por fatores como: (i) a sensação de necessidade de completude do ordenamento, que levou à criação excessiva de leis, para dispor sobre qualquer relação humana; (ii) a desmistificação da ideia de lei enquanto instrumento de justiça social, principalmente no pós-guerra; (iii) a perda da legitimidade de representação, com a percepção das Constituições como sinônimo de melhor garantia de direitos, além da deslegalização no direito público, mesmo que ínfima; dentre outros.

Cumprir frisar as célebres palavras do autor:

"[...] a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo. [...] Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. [...] A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um dentre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional".

As Constituições caminhavam em sentido oposto ao das leis; em direção ao posto central do ordenamento jurídico que se encontrava vago. O destaque que receberam após a 2ª Guerra Mundial elevou as Cartas Magnas ao ápice da pirâmide de normas, o que só aconteceu no Brasil nos fins do séc. XX, depois de ter sido utilizada como instrumento de redemocratização do país. A gênese de fenômenos como o *neoconstitucionalismo*, a *publicização do direito* e o *pós-positivismo* exigiram que fosse redesenhada a ciência e filosofia jurídicas, permitindo uma completa reinterpretação dos institutos sob a ótica da nova ordem constitucional instaurada (BARROSO, 2007, p. 3). Com essa evolução, conferiu-se ao intérprete judicial da norma um suntuoso papel não apenas no Direito, mas também no centro do sistema político-social enquanto garantidor do Estado Democrático.

Como bem registra o Ministro Luís Roberto Barroso (2014, p. 7; 2007, p. 13), antes do advento da atual Constituição o Supremo Tribunal Federal relutava em aceitar seu papel de garantidor e intérprete das normas e princípios esculpidos nas Cartas

---

<sup>12</sup>**Art. 6º.** *A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*



anteriores. Essa disfunção, como caracteriza, só veio a ser superada no final do século passado, momento a partir do qual passou a se exigir também maior sofisticação na atividade interpretativa dos tribunais, suplantando a quase-exclusividade da sistemática tradicional de interpretação (gramatical, histórica, sistemática e teleológica).

O *pós-positivismo* superou o formalismo jurídico e o positivismo legalista que predominaram até meados do século XX, que sustentavam, dentre outras, a premissa de que a atividade jurisdicional seria uma atividade lógico-dedutiva de subsunção dos fatos à norma, mera tradução da vontade do legislador. Essa corrente sequer parece se sustentar frente às diversas indeterminações jurídicas trazidas pela nova ordem, que evidenciaram a necessidade da busca por soluções que não se encontravam em normas escritas.

Há que se ter em mente que o pós-positivismo não nega a vinculação do interprete do direito à lei, muito menos propugna pelo fim ou desconsideração da legalidade. Ele se propõe justamente a adicionar ao ordenamento jurídico normas que estão além da legalidade estrita (princípios e valores morais, p. ex.), buscando justiça na aplicação e interpretação da lei. Neste sentido, cumpre mencionar as seguintes palavras do Min. Luís Roberto Barroso (2007, p. 6) sobre o tema:

"A separação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais".

Com isso, o advento de *conceitos jurídico indeterminados* e dos *princípios* dotados de *normatividade* deslocaram para o Poder Judiciário uma alta carga de poder criativo-valorativo (ÁVILA, 2012), que pode ter contribuído para alargar sua competência decisória e estreitar as atividades legiferante e judicante, sem estabelecer um limite verificável (tarefa talvez inexecutável). A inexistência desse limite, contudo, não impede que sejam identificadas situações nas quais o judiciário transpõe flagrantemente sua competência.

Esse protagonismo judiciário – originário também da demanda por justiça social decorrente do processo de redemocratização e da *judicialização* de diversas questões sociais pela própria Constituição – forçou os juízes a atuarem num amplo número de

relações humanas antes reservadas ao direito privado. Como consequência, o Poder Judiciário passou a atuar em um maior número de casos, com maior poder e discricionariedade decisórios, o que pode ter sido, na realidade, uma *overdose* de poder e competência (FISS, 1993), que hoje julga-se "mal calculada"<sup>13</sup>.

Portanto, não se pretende negar aqui que a atividade jurisdicional dos tribunais envolva atividade criativa. Pelo contrário. Entende-se que demandem do juiz a inclusão de um comando muitas vezes *não pré-existente* no ordenamento, sendo ele, de fato, *cocriador* do direito – o que é positivo.

Em contrapartida, o que sustenta-se é que essa atividade criativa não é *ampla* e *originária* como a dos integrantes do Poder Legislativo, mas sim *delimitada* e *apolítica*, no sentido de que a criação, quando ocorre, se dará sempre para preencher lacunas no ordenamento, ou seja, *intra legem* (KELSEN, 1999, p. 249), tenham elas sido postas de forma volitiva – com a intenção de transferir ao julgador o dever de interpretação e completude do comando jurídico –, ou de forma involuntária, por descuido do legislador. Ou seja, o preenchimento de lacunas se dá por vontade do próprio ordenamento, e não por vontade do aplicador. Certo é que, em qualquer dos casos, os tribunais não gozam da discricionariedade política da qual goza o Legislativo, pelo menos não na mesma medida.

Em vista disso, Alexandre de Aragão (2009, p. 17) sugere como mecanismo preventivo e repressivo a institucionalização de órgãos apolíticos independentes (como as *agências reguladoras*), paralelos aos Três Poderes, que teriam por fim assegurar observância dos preceitos constitucionais e democráticos por parte dos titulares de cargos eletivos (LEMOS; XAVIER, 2010).

A partir desse contexto e premissa teórico-jurídica, temos que esse excesso de poder resultou na usurpação de competência da atividade legiferante pelo Supremo Tribunal Federal e na desvirtuação de mecanismos hermenêuticos como forma de dissimular algumas de suas decisões, que na essência trazem verdadeiros enunciados legislativos. Cabe, agora, elucidar quais são esses limites.

---

<sup>13</sup> JOTA. *O que os números não dizem sobre o Poder Judiciário*. DP: 10, nov. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/o-que-os-numeros-nao-dizem-sobre-o-poder-judiciario>>. Acesso em: 23, abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Sociedade: judicialização da política*. DP: 09, dez. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-judicializacao-da-politica>>. Acesso em: 23, abr. 2015.

CORREIO DO BRASIL. *Os Perigos de um Super STF*. DP: 30, abr. 2013. Disponível em: <<http://correiodobrasil.com.br/noticias/politica/debate-os-perigos-de-um-super-stf/605223/>>. Acesso em: 23, abr. 2015.

Sobre o tema, vale conferir: MATOS; MILÃO, 2013, p. 111-137.

### 3. O TEXTO DA LEI

#### 3.1. Hans Kelsen – A Moldura da Norma

"A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. [...] No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, **o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados (grifo nosso)**. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita." (KELSEN, 1999, p. 171).

Da clássica obra kelseniana *Teoria Pura do Direito* (*op. cit.*)<sup>14</sup>, extrai-se a premissa de que a aplicação<sup>15</sup> do direito pelos tribunais, iniciada na norma de escalão superior e concluída numa de escalão inferior, pode ter dois resultados distintos, ambos de *criação de direito*: (i) uma norma individual, a ser aplicada no caso *sub judice*, de resultado não pré-existente no ordenamento; ou (ii) uma norma de carácter geral, tipicamente feita por Tribunais Superiores aos quais a lei atribuiu a prerrogativa – súmulas vinculantes, sistemática de repercussão geral e precedentes judiciais, por exemplo – também dotada de um comando não pré-existente no ordenamento, porém muito mais próxima da atividade legislativa (*op. cit.*, p. 170 *et. seq.*). Assim, perfilha a tese de que os magistrados também criam direito ao aplicar a lei, com resultado semelhante ao das criações legislativas.

Isto porque considera *aplicação* e *criação* do direito como atividades equivalentes, praticadas tanto pelo legislador quanto pelos magistrados. As diferenças se darão dentro da própria interpretação, quanto às suas naturezas *cognitiva* e *volitiva*. A primeira, típica do normativismo, traduz-se no estabelecimento da *moldura* que limitará a discricionariedade do aplicador, enquanto a segunda é a vontade concreta do aplicador ao eleger umas das hipóteses contidas na moldura para aplicação. Cabe alertar que não se pretende adentrar no conteúdo *volitivo* da interpretação ou sugerir métodos hermenêuticos mais eficientes para o preenchimento da moldura, pois aqui a pretensão cinge-se justamente à demonstração da má eleição do conteúdo *cognitivo* pelo Supremo, órgão máximo produtor de *interpretações autênticas* do Direito pátrio (*Ibidem*, p. 248 *et. seq.*), que inclui na moldura uma *hipótese interpretativa* flagrantemente estranha a ela.

<sup>14</sup> Cumpre destacar que o *normativismo kelseniano* não reduz-se a um legalismo absoluto sob o qual vigora a literalidade soberana da *lei*, possuindo sinais mais moderados que serão destacados no decorrer da obra.

<sup>15</sup> Para fins de simplificação do texto, há que se considerar que o termo "aplicador" aqui utilizado refere-se à qualquer órgão ou indivíduo que interprete a norma com fins de produzir efeitos concretos no mundo do direito a partir dela (aplicá-la), com ênfase quase absoluta para os magistrados, como já se pôde inferir. Assim, entenda-se "interprete" e "aplicador", e "interpretação" e "aplicação" como sinônimos.

Por isso, o autor chama atenção para o fato de que nenhuma norma exaure todas as suas possibilidades de interpretação<sup>16</sup> em seu próprio texto, de forma que sempre haverá uma margem de discricionariedade para o aplicador da norma *criar direito* em alguma medida. Esta norma, de escalão superior, sequer obteria êxito caso tentasse fazê-lo, motivo pelo qual sempre exerceria o papel de *moldura* em relação a inferior, na qual estariam estabelecidos os parâmetros e limites que contornam os elementos que precisam ser incluídos pelos aplicadores.

Portanto, toma-se por autêntica a máxima de que *texto é moldura*. Ao traduzir o comando jurídico num texto, como forma de manifestação de sua linguagem institucional, o legislador delimita o conteúdo do *dever-ser* que pretende introduzir no ordenamento e limita, por consequência, a discricionariedade do aplicador que interpreta a norma, pois este não pode extrair daquele texto elemento estranho ao seu conteúdo. A título exemplificativo, sabe-se que não se extraem de normas penais alíquotas de tributos, ou de leis ambientais a forma de dosimetria de penas de crimes hediondos, e de igual forma, sabe-se que uma norma tributária submetida à análise do STF não consagra ao Tribunal uma *carta-branca* para decidir o que bem entender sobre a matéria.

Cada palavra ou expressão incluída pelo Legislador no texto da norma<sup>17</sup> cria para aquele que a aplica – inclusive para o Supremo – o dever de considerá-la quando da sua interpretação, de forma que os voluntarismos judiciais devem ocorrer apenas dentro da moldura, e não além de seus limites. Disso extrai-se a consequência óbvia: as decisões do STF somente serão válidas se respeitarem o texto da norma. Se seu texto não subsiste enquanto limite, supõe-se, por conseguinte, sua inconstitucionalidade, única razão pela qual não produziria efeitos no ordenamento mesmo quando positivada.

Conforme leciona o autor no trecho transcrito no início do capítulo, a função do STF ao aplicar uma norma de sentido equívoco seria determinar os elementos que ainda não estejam determinados, sempre levando em consideração aqueles já estabelecidos pelo legislador constitucional ou infra. Explica-se. Tome-se por exemplo o seguinte dispositivo da CRFB:

---

<sup>16</sup> "Se por 'interpretação' entende-se a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem". (KELSEN, 1999, p. 247-248).

<sup>17</sup> A despeito de sua generalidade, a mesma regra é aplicada aos *princípios* jurídicos, que apesar de não possuírem texto, mas sim delimitação genérica de matéria e conteúdo, comportam zonas de certeza positiva e negativa que também fixam limites para a interpretação do Tribunal, ainda que em menor medida.

**Art. 148.** A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: **I** – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência.

O comando constitucional, ainda que genérico, e analisado de forma isolada, estabelece diversos elementos condicionantes à sua aplicação que irão representar a *moldura* na forma como defendida por Kelsen – cuja presença irá variar de norma para norma – quais sejam: (a) sujeito a quem se dirige a norma: União; (b) objeto: instituição de empréstimo compulsório (tributo); (c) procedimento legislativo: rito da lei complementar; (d) finalidade: financiamento de despesas extraordinárias; (e) e condicionante para a instituição: ser despesa decorrente de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência.

A cargo do aplicador ficariam, portanto, diversos outros elementos não contidos no texto mas abarcados pela moldura, como: (a) fato gerador (b) base de cálculo; (c) sujeito passivo; (d) prazo de pagamento; (e) multas; (f) método de declaração; (g) prazo para restituição e outras obrigações.

Assim, por mais que não seja recomendado pugnar pela existência de um conteúdo unívoco para o caso, sabe-se que há diversos elementos que não poderão ser desconsiderados quando da aplicação do dispositivo, e que interferem na interpretação que pode ser extraída frente a pretensão de sua aplicação. No que interessa ao presente trabalho, sabe-se, por exemplo: (a) que o empréstimo compulsório não poderá ser instituído por lei ordinária; (b) que não pode fazer face às despesas ordinárias da União; (c) que despesa extraordinária relativa a eventos esportivos não poderão fundamentar sua instituição; e, por conseguinte, que a interpretação e aplicação da norma pelo Supremo em um dos três sentidos supramencionados estaria incorreta.

Sendo certo que toda decisão exarada pelo Tribunal obrigatoriamente se apoia sobre uma norma jurídica, seu texto deve operar limite intransponível, de forma que os elementos extraídos da *letra da lei* podem ser contrastados com a decisão para aferição de eventuais deslizes cometidos em alguma medida.

### **3.2. Owen M. Fiss – A Interpretação Objetiva**

*"Objectivity in the law connotes standards. It implies that an interpretation can be measured against a set of norms that transcend the particular vantage point of the person offering the interpretation. Objectivity implies that the interpretation can be judge by something other than one's own notions of correctness. [...] The idea of an objective interpretation does not require that the interpretation be wholly determined by some source external to the judge, but only that it be constrained."* (FISS, 1982,p.744).

Compartilhando a percepção de Kelsen, Fiss articula a ideia de que *judgar e interpretar* são atividades equivalentes, e que a interpretação jurídica *per se* tangenciaria elementos que demandariam uma interpretação mais objetiva do direito. Na obra *Objectivity and Interpretation* (1982) descreve a possibilidade de se alcançar o nível de objetividade interpretativa requerida pelo Direito a partir da implementação de dois elementos básicos: (i) *disciplining rules* (regras de orientação); e (ii) uma *interpretive community* (comunidade interpretativa) (*Ibid.*, p. 744).

A primeira corresponderia a *standards*, parâmetros de interpretação e decisão cuja fixação serviria tanto para orientar a hermenêutica dos órgãos julgadores quanto para avaliar a validade de suas interpretações uma vez proferidas. Sugere ainda que esses *standards* poderiam já vir contidos na própria norma que se interpreta – como palavras, expressões, termos técnicos – ou especificamente estabelecidos através de outras. Exemplos identificáveis no ordenamento pátrio são: (a) o dever de fundamentação das decisões com base no direito, conforme estabelece o art. 93, IX da CRFB; e (b) a possibilidade de oposição de Embargos de Declaração para os casos nos quais o juiz tenha se omitido ou fundamentado sua decisão de forma contraditória ou obscura, nos termos do art. 535, I e II do Código de Processo Civil<sup>18</sup>.

A ideia de *comunidade interpretativa* indica a necessidade de consentimento de um grupo dotado de legitimidade para vincular a observância das *regras de orientação* e tornar seu procedimento obrigatório, o que destaca já ser uma realidade do direito, uma vez que ao introduzir determinada norma no ordenamento – como as *regras de orientação* – os magistrados não a obedeceriam necessariamente em virtude de consenso ou vontade, mas sim pela coercibilidade que lhes é natural.

Ressalta-se que a tese não menospreza ou repudia o elemento subjetivo na atividade interpretativa, e nem pretende alcançar certeza e precisão matemáticas de metodologia – pelo contrário. A discricionariedade é indissociável da interpretação, mas recusar o estabelecimento de limites para o intérprete aproximaria o seu caráter pessoal da arbitrariedade, além de não se atingir a eficácia pretendida pela norma<sup>19</sup>. Nesse sentido, leia-se o seguinte excerto:

---

<sup>18</sup> **Art. 535.** *Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.*

<sup>19</sup> Há que se pressupor para fins deste trabalho que os juízos de valor, principalmente aqueles imbuídos às decisões judiciais, não são passíveis de verificação científica, visto que não fundados em fatos observáveis ou

"The idea of objective interpretation accommodates the creative role of the reader. It recognizes that the meaning of a text does not reside in the text, as an object might reside in physical space [...]; it recognizes a role for the subjective. Indeed, interpretation is defined as the process by which the meaning of a text is understood and expressed, and the acts of understanding and expression necessarily entail strong personal elements. At the same time, the freedom of the interpreter is not absolute. The interpreter is not free to assign any meaning he wishes to the text. He is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e.g., words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that established the procedural circumstances under which the interpretation must occur". (FISS, 1982, p. 744).

Assim, considera que a *objetividade limitada*, que não elimina ou põe em risco a discricionariedade interpretativa do juiz, é a única forma de objetividade que o Direito almeja. Da perspectiva interna do mundo jurídico, sustenta existirem outros vieses que reivindicariam uma maior objetividade interpretativa: (i) a natureza prescritiva do texto jurídico, que traz um *dever-ser* que pressupõe-se seja implementado no melhor interesse social (e a objetividade facilitaria sua identificação)<sup>20</sup>; (ii) o poder vinculativo e coercitivo da decisão judicial; e (iii) a constante busca pela sua eficácia social. Vale mencionar ainda que o autor não sugere nenhum método específico de interpretação ou alguns dos *standards* que deveriam ser implementados para garantir uma interpretação mais objetiva do Direito.

Assim, apesar de próximas, as propostas de Kelsen e Fiss não são idênticas. Aquele sugere que a própria norma representa uma moldura cujo conteúdo seria preenchido pelo seu intérprete, sem fazer alusão a mecanismos externos objetivos que devam orientar a atribuição de sentido e aplicabilidade ao texto jurídico, apesar de considerar a existência. Fiss, por sua vez, parte da hipótese de que a norma não só opera um limite interpretativo para o juiz, como há necessidade de estabelecimento de outras normas-*standards* de interpretação para que o intérprete possa atribuir às demais o sentido apto a satisfazer a vontade do legislador e do *Direito*, sendo o texto da lei apenas mais um componente de um vasto rol de elementos que devem limitar o subjetivismo judicial, e cuja preocupação atem-se mais ao risco de ineficácia do *dever-ser* trazido na norma do que ao risco de arbitrariedade nos Tribunais (FISS, 1993).

### 3.3. Karl Larenz –A Interpretação *Intra Legem*

---

experimentáveis, mas exclusivamente na percepção do intérprete sobre o objeto interpretado. Isso não impede que se verifiquem desvirtuamentos.

<sup>20</sup>"The correctness of any interpretation is relative to a set of standards, and in law those standards are composed of procedural as well as substantive norms. This is partly due to the prescriptive nature of the text and the fact that the judge is trying to state the ideal, which has the effect of blending the idea of "correctness" into "justness". (FISS, 1982, p. 754-755).

"[...] o limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no Estado Democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação social, [...] [e] deviam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança".(LARENZ, 1997, p.608-609).

Na mesma linha dos autores já citados, Karl Larenz também identifica na atividade judicante um carácter *criador* do direito, de inclusão de um comando novo – *intra legem* – no ordenamento, decorrente da interpretação de um texto normativo. Em igual medida, concorda também que existem limites frágeis entre as atividades judicante e legiferante que precisam ser resguardados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de usurpação, pelo órgão judiciário, de função que não lhe é própria.

Conforme pugna, a interpretação jurídica – assim como qualquer outra – denota uma atividade de mediação entre *texto* e *significado* a partir da qual o sujeito pretende extrair o sentido mais justo e adequado da norma. O conteúdo extraído da prática interpretativa não seria uma conclusão vinculante, mas sim uma opção que pressupõe uma fundamentação razoável<sup>21</sup>. A tarefa exige que o intérprete apoie-se num "círculo hermenêutico"<sup>22</sup>, com o qual deverá tomar como perspectiva o significado de cada palavra paralelamente ao significado que pretende atribuir ao texto como um todo, e repetir essas

<sup>21</sup> Nesse sentido, disserta: "A interpretação da lei é, como já vimos anteriormente (cap. III, 1), um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto (sic) definitiva enquanto enunciado, a partir da "situação de facto (sic) bruto", atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto (sic), tanto quanto seja necessário. "Interpretar é, como tínhamos dito (cap. I, em 3a), uma atividade de mediação pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto (sic) dessa espécie. Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto (sic) de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, e relação objectiva (sic) e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra." LARENZ, *op. cit.*, p. 439-440.

<sup>22</sup> Nas palavras do autor, "uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se de conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação das palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar (sic) este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas". *Op. cit.*, p. 285-286.



análises *micro* e *macro* da norma quantas vezes forem necessárias para que se chegue a uma interpretação adequada e aceitável.

Para tanto, sugere também técnicas de hermenêutica que deveriam ser adotadas para alcançar um resultado legítimo da interpretação da norma, fundados na busca da compreensão do sentido do texto com base em critérios específicos de análise, quais sejam: o literal, o contextual, o histórico e o teleológico<sup>23</sup>. Apesar de todos possuírem importância para a descoberta do conteúdo da norma no caso concreto, para o presente estudo devemos ater-nos apenas ao primeiro, que destaca a relevância do *texto* quando da interpretação de uma norma jurídica<sup>24</sup>.

Cabe explicar que furtar-se à análise das demais técnicas não altera e nem deteriora a repercussão da obra para a pesquisa enquanto fundamento desta, visto que, conforme sustenta o autor – e como também defendemos –, os demais critérios por si só não permitem ao intérprete extrair uma interpretação que não condiz com o *texto-objeto*, uma vez que este representa tanto o ponto de partida da interpretação como também seu limite absoluto. Caso a utilização das demais técnicas importe numa conclusão cujo conteúdo seja antagônico ou não extraível do *texto* da norma, será ela uma interpretação equivocada e ilegítima.

Quanto à interpretação literal, o autor é categórico ao iniciar seu discurso:

"Toda interpretação de um texto há-de (sic) iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva. O arrimo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente (sic) são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. [...] Diz acertadamente MEIER-HAYOZ que o "teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade (sic) interpretativa. Uma interpretação que se não

---

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 450-479.

<sup>24</sup> Saliente-se que não se tratam de métodos distintos, mas sim complementares, capazes de fornecer perspectivas relevantes sobre o conteúdo que se tenta extrair da norma. Segundo o autor: "[n]os critérios apontados não se trata, como foi repetidamente sublinhado, de diferentes métodos de interpretação, entre os quais o intérprete pudesse porventura escolher segundo o seu arbítrio, mas de pontos de vista directivos (sic), a que cabe um peso distinto". *Op. cit.*, p. 486-487.

situe já no âmbito do sentido literal *possível*, já não é interpretação, mas modificação de sentido."<sup>25</sup>

Com a mesma inclinação, inspirado nos ensinamentos de Larenz e Canotilho, manifesta-se o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Roberto Barroso, reforçando a assertiva de que "toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras"<sup>26</sup>.

A despeito disso, Larenz também verifica uma vulnerabilidade intrínseca à interpretação de qualquer texto, qual seja o fato de que comumente termos e expressões possuem mais de uma significação, um sentido equívoco, cujas variações podem resultar em sentidos completamente distintos. Imagine, por exemplo, um texto jurídico que possua em seu corpo dois termos independentes (*X* e *Y*) que por sua vez comportem, cada um, duas interpretações distintas (*a* e *b*). Neste simples caso a coadunação das interpretações de cada um poderia gerar 04 (quatro) resultados diversos, quais sejam: *XaYa*, *XaYb*, *XbYa* e *XbYb*. Assim, disserta:

"A flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do uso linguístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco. Em lugar disso, encontramos um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significação, a partir donde aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes"<sup>27</sup>.

Em consequência, sempre que houver dúvida quanto à conceituação, ou quando houver uma lacuna na lei, caberá ao juiz interpretar a norma e extrair dela o sentido que entender "mais jurídico", o que acontecerá, segundo o autor, mediante uma interpretação *intra legem*, ou seja, aquela que se dá dentro dos contornos da própria norma, que é extraída direta e unicamente dela, ainda que inicialmente não se conheça esse conteúdo. A interpretação *intra legem* importa em afirmar que a conclusão da interpretação está abarcada pela própria norma, pelo seu próprio texto. Neste momento é que o texto opera seu limite interpretativo, visto que para o preenchimento da lacuna ou identificação de um conceito, as palavras e expressões contidas na norma precisam ser consideradas de acordo com sua utilização linguística tradicional e possível, sem inovações e modificações de sentido. Tais palavras e expressões, ainda que de interpretação variável, só podem ser

<sup>25</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 450-454.

<sup>26</sup> BARROSO, 1999, p. 100-102.

<sup>27</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 451-452.

empregadas para justificar um conclusão interpretativa quando consideradas no seu uso linguístico usual e/ou especial.

Sem muitos contratempos, é fácil identificar decisões judiciais que da coadunação da interpretação de uma *Regra X* e de um *Princípio Y* para um caso concreto, resultem num comando jurídico válido, mas relativamente diferente daquele da *Regra X* (ainda não-antagônico), cujo conteúdo não se extrairia apenas do texto da regra. A alusão ao fenômeno é importante para explicitar a hipótese imediatamente oposta: a interpretação de uma *Regra X=I*, por si só, ainda que possa conter interpretações que resultem em  $X=I+2$  ou  $X=I+Y$  (analogias, interpretações extensivas etc.), nunca poderá resultar numa decisão que implique  $X \neq I$ , à exceção dos caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos quais a própria norma é antijurídica, e não apenas sua interpretação.

Desta forma, as decisões do Supremo Tribunal Federal que convalidem uma norma jurídica extraída de uma interpretação cujo comando não se verifica unicamente no texto analisado, precisa estar coadunada a uma outra regra ou a um outro princípio jurídico, que permitam uma inovação ou modificação da sua aplicação, mas que, mais uma vez, possuem limites que não podem ser transpassados.

### **3.4. Síntese Teórica: afinal, de que serve o texto da lei ?**

As possíveis respostas – sempre complementares e jamais excludentes – são diversas: (i) ponto de origem da interpretação; (ii) norte e fim hermenêutico; e (iii) limite absoluto.

O *texto da lei*, enquanto meio de comunicação do Poder Legislativo com a sociedade e com os demais Poderes, é o objeto básico de análise da atividade judicante, de forma que toda ela deverá partir de alguma norma. Sempre que houver dúvida quanto ao conteúdo de um preceito jurídico positivo, é de seu texto que inicia-se toda atividade judicial interpretativa, porque é a partir dele que o intérprete consegue identificar o que pretendem as partes, o legislador, e em última análise, o ordenamento. O texto é, para a discussão judicial, ao mesmo tempo, (a) requisito indispensável<sup>28</sup>, (b) objeto e (c) fundamento de solução. Todo indivíduo que pleiteia algo judicialmente toma por argumento básico uma norma que supostamente o ateste algum direito. Em igual medida, o objeto da atividade judicante é justamente o de subsunção dos fatos à norma, de enquadramento de uma situação de fato a

<sup>28</sup> Toda discussão judicial necessariamente pauta-se numa norma, seja ela regra ou princípio, de forma que não há como falar-se em atividade judicante sem que obrigatoriamente remeta-se a algum produto da atividade legiferante, quer seja do legislador constituinte, legal, infralegal etc.

um regimento jurídico vigente e de atribuição de uma repercussão jurídica, muitas vezes nova, ao fenômeno. Por fim, o fundamento judicial da decisão final obrigatoriamente terá de se convalidar em alguma regra ou princípio positivados no ordenamento.

Noutra perspectiva, o texto da lei é tanto *norte* quanto *fim hermenêuticos*, na medida em que, ao interpretar a norma, as palavras de seu texto – às quais atribuem-se significados para que se possa identificar seu conteúdo – são tanto *a unidade* que se pretende interpretar, quanto o ponto de orientação para produção do seu sentido como um *todo*, uma vez que só se pode verificar o significado de uma palavra se tomada em perspectiva com o seu texto integral. Não se pode interpretar locução por locução de forma individualizada, já que num texto estarão sempre correlacionadas. E muito menos pretender interpretar todo o texto como um só sem que se conheça o sentido de cada uma de suas expressões.

Por fim, *limite absoluto*, pelos motivos tantas vezes repetidos até aqui, e que agora sintetizam-se para podermos proceder às verificações práticas. Num primeiro momento da interpretação, o texto mais delimita do que limita. A leitura da norma, antes de limitar a atividade interpretativa, indicará ao intérprete os contornos da sua interpretação; matéria, elementos subjetivos e objetivos, finalidade, consequências jurídicas, exceções e etc. Emprestará ao conhecimento do intérprete o que deverá ser objeto da sua função hermenêutica, dando início ao procedimento. Uma vez iniciado o processo, o texto transpõe-se para o estabelecimento de um contorno, de um teto e de um piso, pois uma vez estabelecidas as premissas contidas na norma, não poderá o intérprete atribuir-lhe significado que não lhe seja genericamente comum. A interpretação não poderá ser mais genérica do que o texto da norma, não poderá furtar-se a extrair o mínimo necessário, e de igual maneira, não cederá ao intérprete a possibilidade de decidir para aquilo que esteja além de seu texto, que seja estranho ao seu conteúdo ainda indefinido. A *interpretação-produto*, fruto da *interpretação-atividade*, não pode contradizer o texto da norma nem permear algum tema que lhe seja estranho, o que verifica-se ao adotar cada locução como elemento de análise comparativa da fundamentação e justeza da decisão final.

Apesar de frágil e hercúlea, a tentativa desse estabelecimento inicial de suportes objetivos para contrastar as interpretações jurídicas do Supremo Tribunal Federal com o texto de determinadas normas cumpre a pretensão de sugerir bases mais seguras e genuínas de decisão pelo Tribunais, com vistas à preservação do equilíbrio e harmonia entre os Poderes – elemento básico do nosso Estado Democrático de Direito. Como já afirmado,

não se planeja aqui uma "dessubjetivização" da atividade do Supremo e dos demais tribunais, longe disso. O que se quer, na verdade, é promover uma rediscussão acerca dos atuais limites da atividade judicante promovida pelo Supremo Tribunal, sobre o qual tantas vezes já se ouviu falar de extrapolações, desvirtuamentos, hiperativismos etc. Articula-se no interesse da higidez democrática e do ordenamento, e não com a pretensão de desmoralização da instituição.

#### **4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INTERPRETAÇÃO NO CASO CONCRETO**

Para análise da jurisprudência do STF, adotou-se como técnica a *análise de conteúdo*<sup>29</sup> (DEMO, 2001; CAMPOS, 2004), a partir da qual se pretendeu desconstruir os discursos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal contido nos Acórdãos selecionados e reconstruí-los sob a perspectiva proposta pelo trabalho, com o intento de identificar as técnicas de elaboração dos discursos analisados, especificar as informações fundamentais para investigação da justeza das decisões e correlacioná-las com o problema de pesquisa aqui proposto, através da técnica de produção de inferências (CAMPOS, *op. cit.*, p. 613)<sup>30</sup>, que reside em identificar aquilo que não está aparente no texto analisado – para o caso, sua natureza "legislativa".

Para verificação de eventual atividade legislativa por detrás da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, serão utilizados alguns recursos básicos de orientação, cujas naturezas aproximam-se mais de *exercícios de perspectiva* do que de técnicas de análise propriamente ditas, com vistas à percepção dos elementos contidos nos votos de cada Ministro sob diferentes ângulos. Esses métodos de observação da jurisprudência forçam o leitor a contrapor a *interpretação-resultado* com o *texto* da norma em cotejo, permitindo que os indícios de violação dos limites da atividade hermenêutica se exteriorizem. Não se nega que a ideia contenha uma presunção de natureza subjetiva, de produção de juízos pessoais tanto quanto ao conteúdo da *norma-objeto* quanto ao conteúdo da *interpretação-produto*, mas que não impedirá, contudo, o diálogo com campos objetivos que

<sup>29</sup> Nas palavras de C. J. Gomes Campos, a análise de conteúdo é "compreendida como um conjunto de técnicas de pesquisa cujo objetivo é a busca do sentido ou dos sentidos de um documento, [...] refere-se ao estudo [semântico] tanto dos conteúdos nas figuras de linguagem, reticências, entrelinhas, quando dos manifestos". CAMPOS, 2004, p. 611-612.

<sup>30</sup> "[...] produzir inferência, em análise de conteúdo significa, não somente produzir suposições subliminares acerca de determinada mensagem, mas em embasá-las com pressupostos teóricos de diversas concepções de mundo e com as situações concreta de seus produtores ou receptores. Situação concreta que é visualizada segundo o contexto histórico e social de sua produção e recepção". CAMPOS, *op. cit.*, p. 613.

fazem parte do presente estudo, e que também não podem ser tomados como desprezíveis somente por tangerem bases subjetivas.

Repise-se que não pretendemos sugerir uma decisão mais adequada ao caso, mas sim questionar alguns apontamentos e destacar desvirtuamentos na atividade interpretativa do Supremo, sem oferecer uma decisão material ao caso, insistindo apenas na adoção de uma perspectiva mais crítica de verificação dos limites da hermenêutica exercida pela Corte através de indagações direcionadas aos principais pontos dos acórdãos analisados.

Nessa linha, toma-se como referência preliminar a condição mais elementar da atividade judicante: toda decisão judicial deverá remeter-se expressamente a uma norma que lhe sirva de fundamento, seja ela regra ou princípio. Assim, num primeiro momento, há que se identificar a correlação *fundamento–norma*, ou seja, identificar a norma (texto) que serviu de base jurídica para convalidação da tese final do intérprete do direito – da *interpretação-produto*. Tal assertiva há que ser considerada simultaneamente a dois outros fatores: (i) o primeiro, de que apenas trabalharemos aqui com decisões e votos que interpretem exclusivamente um único dispositivo; e (ii) o segundo, de que os princípios da motivação e publicidade obrigam que todo o fundamento jurídico da decisão judicial esteja contido no corpo da sentença, acórdão etc., o que afasta a possibilidade de desconsiderarmos aqui alguma outra substância jurídica que ampare a interpretação-produto, e, em consequência, a assertiva de que "*outros elementos da decisão judicial não foram considerados quando da interpretação dos julgamentos do Supremo*".

A restrição do estudo aos julgados que contemplem a análise de um único diploma legal tem um fundamento prático e científico. Se uma *Interpretação X* foi dada em função apenas da análise de uma *Regra X*, então o texto desta regra tem que ser suficiente para respaldar todos os elementos contidos na referida interpretação, podendo então ser dissecado e posteriormente contrastado com o conteúdo material da decisão. Essa é a hipótese aqui praticada. Em contrapartida, para os casos em que uma *Interpretação Z* decorreu da interpretação conjunta, num mesmo caso, de diversos dispositivos (*Regra X, Regra Y e Princípio W*), acusa-se ser quase impossível realizar a verificação ora proposta, tendo em vista que não há como dissecar a decisão final do Tribunal de forma a identificar em que medida cada norma contribuiu para a construção daquela interpretação, ou seja, não se consegue verificar como o texto de cada norma foi tomado em perspectiva pela hermenêutica do Supremo. Assim, não se poderia sustentar seguramente que determinada interpretação-produto extrapolou os limites do texto de uma norma porque ela também estará parcialmente

convalidada por outra, e são justamente estas interseções que não são facilmente demonstráveis.

Uma vez identificado o *texto-fundamento* da decisão, procede-se à análise dos votos de cada Ministro para averiguação da sua metodologia interpretativa enquanto método de manifestação da sua vontade jurídica, de forma a tentar traduzi-lo num outro texto para que seja diretamente contrastado com o texto original. Deverá ser posta em prática, tanto para o *texto da interpretação* quanto para o *texto da norma*, o "círculo hermenêutico" proposto por Larenz, de forma que as locuções de ambos serão tomadas em perspectiva individual e universal para desenvolvimento de um sentido interpretativo justo, de possível implementação no ordenamento. Neste momento, cabe esforçar-se para responder a perguntas como: (i) *a interpretação-produto abrange todos os elementos contidos na norma original?* (ii) *algum dos elementos (palavras, locuções, termos técnicos) parecem ter sido desconsiderados pelo Tribunal?* (iii) *o sentido jurídico usual de algum termo, histórica e sistematicamente analisado, foi alterado?* (iv) *existe contradição de termos ou palavras entre o texto original e o texto da interpretação-produto?* (v) *a interpretação ocorreu para além da matéria contida na norma?*

Esta atividade intelectual, aparentemente ingênua, quando levada a cabo para uma análise profunda do conteúdo da interpretação-produto do STF, permite que elementos não extrínsecos sejam externados em alguma medida, ainda que seja para demonstrar que a interpretação respeitou os limites do texto. Mesmo que munido de um juízo subjetivo, cambiante de caso para caso, quando tenta-se buscar em cada locução do texto original um equivalente direto no texto produto da interpretação, torna-se mais fácil compreender a ideologia hermenêutica por detrás de cada Ministro, e, por consequência, o que ele compreende como limite desta atividade. Quanto mais se interpreta um texto, quanto mais se questiona o conteúdo da norma via mecanismos hermenêuticos, mais restrita demonstra-se sua moldura, restando evidente que o sentimento de que interpretações muito díspares sobre uma mesma norma são raras no ordenamento como um todo.

Por fim, cumpre desmistificar a presunção de que o legislador brasileiro possui alguma disfunção de expressão, como uma espécie de afasia ou dislexia, tomando-se por vista que algumas interpretações consolidadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo que retiradas de um texto de conteúdo inconstante, firmam entendimentos que somente são extraídos através de profundos esforços, como se houvesse uma patologia congênita no Poder Legislativo de impossibilidade de produção de escritas

claras. Em outras palavras, as perguntas que devem ser feitas são as seguintes: *se fosse a vontade do legislador "dizer" o que o Supremo afirma estar "dito" na norma, não teria sido redigida de forma distinta? Não haveria uma sintaxe linguística mais clara e óbvia? Por que o distanciamento axiomático tão dispare entre o que está escrito na norma e o que o Supremo entende como contido nela?*

Tais sugestões não exaurem todas as possibilidades de averiguação dos critérios hermenêuticos insuflados nos votos dos Ministros da Suprema Corte, mas quando postas em prática fornecem ao leitor diferentes pontos de perspectiva que irão, pelo menos, aperfeiçoar seu entendimento sobre o conteúdo abrangido no texto da norma.

Para demonstração das pretensões em cotejo, passemos à análise da jurisprudência propriamente dita.

#### 4.1. RE n° 588.322 – RO: As Taxas de Polícia

Conforme reza a Constituição Federal

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

**II** - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Da leitura do referido inciso fica evidente que o legislador constituinte estabeleceu condições distintas para cobrança das taxas contidas no referido texto, permitindo que as taxas de serviço público pudessem ser lançadas tanto pela utilização efetiva quanto potencial pelo contribuinte, enquanto às taxas de polícia não se emprestou tal prerrogativa, motivo pelo qual só poderiam ser cobradas em virtude do *exercício* efetivo. Doutrina e jurisprudência adotam tal entendimento *a priori*, ante a clareza semântica do texto, que não afigura-se confuso ou ambíguo quanto a isso.

Veja-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres sobre o tema:

"Parece-nos, entretanto, que o exercício do poder de polícia só justificará a cobrança da taxa se houver a prestação específica e divisível. [...] O STF declarou a inconstitucionalidade de taxas de segurança pelo policiamento ostensivo e geral, reconhecendo apenas a legitimidade das que se cobram em troca de atos específicos. Quanto à efetividade ou à disponibilidade, consistente na prática do ato, é também requisito essencial, sob pena de se confundirem a atividade específica estatal e o poder genérico de polícia, tendo em vista que o exercício meramente potencial do poder de polícia desemboca na segurança genérica da ordem pública. Desde cedo o STF procurou coibir o exercício de poder de polícia *em si e por si*, desprovido de efetividade". (2011, p. 405-406).



Não obstante a aparente nitidez semântica, fatores extrínsecos ao controle do direito suscitaram discussões acerca da aplicabilidade do dispositivo nos moldes exigidos pelo Constituição, sob a perspectiva de *unidade* do ordenamento. O RE n° 588.322-RO<sup>31</sup>, julgado em junho de 2010 sob a sistemática de repercussão geral, contemplou um embate entre o Município de Porto Velho e um particular acerca da possibilidade de cobrança de Taxa de Renovação de Localização e Funcionamento sem a efetiva realização do poder de polícia, que em princípio contradiria o texto supramencionado. A questão ficou adstrita à análise do texto do art. 145, II da CRFB.

O particular, por óbvio, sustentava afronta direta ao texto constitucional, enquanto o Município defendia-se com base na jurisprudência consolidada sobre a matéria. A despeito da obviedade comentada, a jurisprudência da Corte vinha mantendo-se no sentido de que não haveria necessidade de comprovação do exercício do poder de polícia, bastando que fosse demonstrada a existência de um aparato fiscal apto a exercer a fiscalização, ou seja, bastando o seu potencial exercício<sup>32</sup>. Curiosa é, contudo, a interpretação do Supremo sobre a matéria. Explica-se.

O Relator do recurso extraordinário em análise, Min. Gilmar Mendes, assim dispôs sobre a possibilidade de cobrança da taxa de polícia em razão do seu exercício potencial:

"Logo, a regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. A materialização da atividade fiscalizadora é necessária, sob pena de se esvaziar o comando constitucional, mediante a indevida equiparação das duas subespécies tributárias. [...] Daí não ser justificável sua cobrança por mera natureza potencial, ao contrário dos serviços específicos e divisíveis. De fato, o exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público profilático, exercido em prol da coletividade".

O trecho, contudo, que traduz a compreensão unânime da Corte sobre o tema, não revela a verdadeira essência da interpretação implementada pelo Supremo, qual seja a de que **a mera existência de um órgão administrativo apto a exercer a fiscalização é elemento demonstrador da efetividade do exercício do poder de polícia**. Em outras

<sup>31</sup>EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Taxa de Localização e Funcionamento. Comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a necessidade de comprovação do efetivo poder de polícia para legitimar a cobrança da Taxa de Localização e Funcionamento. (RE 588322 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01791 ).

<sup>32</sup> RE 220.316, Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ 26.06.2001; RE 198.904, 1ª T., Min. Ilmar Galvão, DJ 28.05.96; RE 222.252, 1ª T., Min. Ellen Gracie, DJ. 18.05.01; RE 213.552, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ. 18.08.00; RE-AgR 188.908-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 24.06.03.

palavras, basta a instalação e funcionamento de um órgão pelo Município para que o particular seja presumido "fiscalizado". Vê-se, portanto, que ao exercício efetivo do poder de polícia, ao qual não se facultou a cobrança pela potencialidade da prática, o Supremo estendeu o referido recurso através de uma interpretação deficiente do texto do art. 145, II da CRFB, afirmando categoricamente que a efetividade do exercício é atendida frente a simples existência de um órgão, mesmo que este não fiscalize o particular. Definiu como "efetivo" aqui que não o é.

Veja-se este outro trecho do voto do Min. Rel. Gilmar Mendes:

"A jurisprudência deste Tribunal **admitiu a existência de órgão administrativo como elemento demonstrador do efetivo exercício de poder de polícia, o que não se confunde com admitir o exercício potencial do poder de polícia.** [...] Sem êxito, portanto, a tese da recorrente, na medida em que configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia".

Da mais rigorosa a mais trivial interpretação não se consegue retirar do texto do referido artigo bases jurídicas que justifiquem a interpretação final da Corte quanto ao fato gerador do tributo, o que revela exageros e uma suposta inexistência de limites na sua conduta interpretativa, manifestados pela inclusão de elementos na Constituição que contradizem diretamente os estabelecidos pelo constituinte originário. Resta evidente que considerar como "exercício efetivo do poder de polícia" a simples existência do órgão que potencialmente pode fazê-lo é alterar a substância da efetividade, e atribuir-lhe o elemento que claramente só foi atribuído às taxas de serviço público. Por isso afirma-se que a interpretação-resultado desconsidera flagrantemente o texto da lei.

Repise-se que o acórdão não tangencia qualquer outro dispositivo constitucional ou infra – regra ou princípio –, cingindo-se à análise do texto do dispositivo em cotejo. Apesar disso, vale dar atenção a um elemento econômico-financeiro muito bem identificado por Rafael Frattari (2012), que lança à discussão o seguinte fato: as taxas, enquanto tributos contraprestacionais, prestam-se a remunerar o Estado por alguma atividade posta à disposição dos indivíduos, sem que possuam finalidade arrecadatória. Em outras palavras, o Estado não cobra as taxas para "fazer caixa", mas apenas para cobrir as despesas de uma atividade, rateando entre aqueles que são fiscalizados o custo incorrido. Se analisado paralelamente à exigência de exercício efetivo do poder de polícia, a interpretação mais óbvia resultaria no entendimento de que o custo da atividade estatal só poderia ser rateado – via cobrança de taxas – entre aqueles que fossem efetivamente fiscalizados.

Levando-se em consideração a experiência social, sabe-se que usualmente é inviável que um órgão administrativo efetivamente fiscalize todos os indivíduos. Imagine, por exemplo, se a cidade de São Paulo ou do Rio de Janeiro fossem obrigadas a fiscalizar de forma efetiva todos os seus estabelecimentos comerciais, anualmente, para então poderem cobrar as taxas de licença e funcionamento. O fato resultaria em dois fenômenos economicamente impraticáveis: (i) criação de um aparelho estatal excessivamente grande ou (ii) rateio do alto custo da fiscalização apenas entre os poucos sujeitos efetivamente fiscalizados.

Ocorre que, apesar de muito pertinente, mesmo que houvesse o Supremo encontrado base em tal tese para justificar sua interpretação, de igual forma haveria modificado substancialmente o texto da Constituição e feito as vezes do constituinte reformado, visto que apesar do forte indício de justeza econômico-financeira da decisão final da Corte, a hipótese foi vedada – talvez precipitadamente – pelo constituinte originário, que apenas aos serviços públicos emprestou a locução "potencial".

Para uma referência quantitativa, uma pesquisa feita baseada no número de acórdãos que fizeram remissão a este julgado especificamente (TABELA nº 01, em anexo), verifica-se que somente a partir de 2010, pelo menos outras 12 decisões foram proferidas nesse sentido – excluídas da pesquisa as decisões monocráticas e incluídas os acórdãos das turmas – cada uma delas renovando e reiterando a prática legiferante da Suprema Corte.

#### **4.2. RE nº 198.988-5 – SP: O ICMS nas Operações Interestaduais com Derivados de Petróleo**

De acordo com a norma contida no art. 155, §2º, X, *b* da Constituição Federal, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços:

**X** – não incidirá: [...]

*b*) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

No ano de 2000, a norma foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal por força do RE 198.088-5 – SP, interposto pela Companhia Agrícola e Industrial Santa Adelaide em face do Estado de São Paulo, através do qual pretendia a requerente fosse declarada inconstitucional a interpretação atribuída pelo referido ente à norma, que pugnava

pela sua leitura no sentido de que seu comando não estaria estabelecendo hipótese de imunidade tributária, mas sim definindo que nas operações abarcadas pela norma o ICMS seria devido no *estado de destino*, inaugurando exceção ante a regra de cobrança pelo *estado de saída* da mercadoria.

Discutia-se no caso se a norma não comportaria na verdade uma definição de competência, cuja pretensão seria a de beneficiar os estados não produtores de petróleo com vistas à redução das desigualdades sociais na forma do art. 3º, III da CRFB. Explica-se. Como os estados produtores já receberiam *royalties* em função da exploração do petróleo em seu território, seria justo estabelecer uma exceção para, nos casos de derivados de petróleo, transferir a capacidade ativa para os estados não produtores – estados de destino, compradores –, que precisam adquirir o recurso mineral dos estados que o produzem, o que supõem os Ministros ter sido a intenção do constituinte originário.

O Min. Rel. Ilmar Galvão, acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Maurício Correa, Nelson Jobim, à revelia apenas do Min. Marco Aurélio, expediu o voto vencedor da contenda tributária, cuja essência resume-se nos trechos que seguem destacados abaixo:

"Salta à vista, com efeito, que objetiva ela [a norma do art. 155, §2º, X, *b* da CRFB] eliminar, como fonte geradora de ICMS, os poços de petróleo e as refinarias instaladas em poucos Estados, na medida em que exclui da incidência do tributo as operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas, prevenindo o agravamento das desigualdades regionais, um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da CF). Prestigiou o constituinte, nesse passo, os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores. É patente, entretanto, que não se está, no caso, diante de imunidade propriamente dita, mas de genuína hipótese de não-incidência do tributo [...], restrita ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômica por que passam os produtos descritos nos dispositivo sob enfoque, desde a produção até o consumo".

Em divergência, o Min. Marco Aurélio chamou atenção para outros elementos que iriam de encontro ao voto dos demais ministros. Destacou inicialmente que a expressão "operação", enquanto fato gerador de ICMS, teria de ser compreendida em seu sentido usual, qual seja de *saída* e *entrada* da mercadoria, do estabelecimento do *vendedor* para o do *comprador*, de forma que não se poderia entender que no presente caso tratar-se-ia de operação apenas para referir-se à venda, e que no meio do caminho haveria outra operação, a de *compra*, sobre a qual incidiria o ICMS.

O conceito sempre foi empregado para designar relação de dois pólos; não existe operação de venda sem comprador, e nem de compra sem vendedor. Não se pode emprestar ao termo um sentido ilógico, de que operação refere-se apenas à *venda* para fins do art. 155, §2º, X, *b* da CRFB. Se consta da norma que o tributo não incide sobre operação interestadual, não incidirá nem sobre a compra e nem sobre a venda, que resumem uma única operação.

Cabe também verificar topograficamente a norma: se pretendesse o constituinte definir competência sobre o ICMS, teria ele incluído a norma numa lista de hipóteses de não incidência do imposto, que encerram verdadeiras imunidades, qual seja a do inciso X do §2º do art. 155?

Em outro ponto, não haveria de se presumir que, se fosse a intenção do constituinte estabelecer a regra na forma como pretendida pelo Supremo, teria ele dado redação mais adequada, condizente com o conteúdo que pretendem empregar? Veja-se. Se a pretensão foi de definir competência, por que não redigir a norma com uma sintaxe mais próxima de "nas operações interestaduais relativas a petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, **o imposto será devido no estado de destino**"? Por que haveria o constituinte utilizado a redação atual quando pretendia supostamente utilizar e outra? Observe-se, concomitantemente, o texto da norma e a redação extraída da interpretação, para que se contrastem ambas e afira-se se seria razoável esperar que a intenção do constituinte corresponde àquela exarada pela Corte:

<b>CRFB</b>	<i>O ICMS não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, [...] e energia elétrica;</i>
<b>STF</b>	<i>Nas operações interestaduais envolvendo petróleo, [...] e energia elétrica, o imposto será devido no estado de destino;</i>

Em vista dos sinais apontados – (i) pela localização da norma num rol de "não incidências"; (ii) pela desvirtuação latente do conceito usual de operação para fins de ICMS; e (iii) pela interpretação sugerir um sentido dificilmente verificável no texto – verificamos aqui mais um caso em que o Supremo despreza o texto da lei para atribuir à matéria o significado que entende mais adequado. Mesmo que a intenção seja das melhores, mesmo que seja jurídica aos olhos da própria Corte, não se pode negar que o texto não limita sua atuação como supõe-se que deveria ocorrer. Parece verificar-se, na prática, que a lei na verdade funciona como mera carta que confere ao Supremo a apreciação da matéria jurídica

que ela contém, permitindo que lhe seja atribuído qualquer contorno, ainda que confrontante com seu próprio texto.

Quanto ao referido caso, foram encontradas 24 (vinte e quatro) outras decisões no mesmo sentido, em grande parte acórdãos do Pleno e das Turmas, com poucas decisões monocráticas, conforme indicado na TABELA 02 em anexo.

#### **4.3. ADI n° 2.588 – DF: Tributação de Coligadas e Controladas no Exterior**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.588-1/DF<sup>33</sup>, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), impugnava o §2° do art. 43 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n° 104/2000) e o art. 74, *caput* e parágrafo único da Medida Provisória n° 2.158-35/2001<sup>34</sup>, dispositivos cujos textos serviram de referência, objeto e fundamentação da decisão final da Corte<sup>35</sup>, e cujas redações seguem transcritas.

##### **Código Tributário Nacional**

**Art. 43.** O imposto, de competência da União, sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica;

**§2°.** Na hipótese de receita ou de rendimentos oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

##### **Medida Provisória n° 2.158-35/2001**

**Art. 74.** Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

**Parágrafo Único.** Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de

<sup>33</sup> ADI 2588, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, DP. 07, fev. 2014.

<sup>34</sup> Pedro Malan, então Ministro da Fazenda, discorre sobre a importância da Medida Provisória na sua exposição de motivos: "[...] justifica-se a adoção de Medida Provisória pela relevância e urgência de que se reveste a introdução de normas que ajustem ou alterem matérias tratadas em Medida Provisória em tramitação; possibilitem a necessária adequação do setor de planos de assistência à saúde; **atribuam à Secretaria da Receita Federal mecanismos mais adequados ao combate às irregularidades praticadas no âmbito do comércio exterior**; preservem as garantias e privilégios dos créditos trabalhistas, previdenciários e fiscais; fixem, com precisão e clareza, a competência para a retenção de moeda nacional e estrangeira, bem assim o rito processual aplicável; disponham sobre procedimentos a serem adotados pela Autoridade Fiscal, nos casos de constituição de crédito tributário". PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Exposição de Motivos da Medida Provisória n° 2.158-35/DF, de 22 de agosto de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Exm/2001/Exm163-mpv2158-3.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2001/Exm163-mpv2158-3.pdf)>. Acesso em: 07, mar. 2015.

<sup>35</sup> Apesar de ter-se afirmado que a análise iria restringir-se aos acórdãos que fizessem remissão a um único dispositivo, tal assertiva não resta aqui violada tendo-se em vista que trata-se de uma relação de regulamentação vertical, na qual o art. 74 da MP n° 2.158-35 se presta a regulamentar o art. 43, §2° do CTN. Nossa análise, contudo, terá enfoque neste último dispositivo, de forma que a regra inferior que o regulamenta não interfere no seu conteúdo material pré-estabelecido.

dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

De acordo com a CNI, os referidos dispositivos afrontariam diferentes preceitos da Constituição Federal, motivo pelo qual arguia a inconstitucionalidade da norma, quais sejam: (i) art. 62, *caput*<sup>36</sup>, ante a ausência de atendimento ao requisito da "urgência" para edição da MP; (ii) art. 153, III<sup>37</sup>, pois tributaria recursos ainda não compreendidos no conceito de renda nos moldes estabelecidos pelo legislador constitucional; (iii) art. 150, III, *a* e *b*<sup>38</sup>, por desrespeito ao princípio da anterioridade, tanto clássica quanto nonagesimal.

Em defesa, a Presidência da República prestou informações listando, de forma aqui resumida, os seguintes pontos: (i) ao Poder Judiciário carece a competência de inquirir os requisitos de relevância e oportunidade de Medidas Provisórias; (ii) o conceito de renda esculpido no art. 153, III fora devidamente observado, pois atendido o requisito da disponibilidade econômica sobre os recursos; e, por fim, (iii) que deve ser rejeitada a tese de violação ao art. 150, III, *a* e *c* pois não se trata de hipótese de criação ou majoração de tributos.

Quanto aos fundamentos jurídicos da MP, a Min. Ellen Gracie salientou o conceito emprestado pelo Presidente à hipótese de incidência contida na Medida Provisória, sublinhando que

"[...] os lucros apurados no exterior configuram renda desde o momento de sua apuração. O legislador nacional apenas optou por estabelecer uma **presunção (grifo nosso)**, atendendo a critérios razoáveis, acerca da ocasião em que se tornam disponíveis os lucros obtidos pelas empresas situadas no exterior que são controladas ou coligadas às nacionais, tendo em vista que cada Estado regula as relações comerciais conforme lhe seja conveniente, sendo impossível cotejar a legislação de cada país a fim de se realizar tal verificação."

Assim, apesar da discussão do Plenário ter se dedicado principalmente à análise do enquadramento do fato previsto no *caput* do art. 74 da referida MP ao conceito de disponibilidade econômica esculpido no CTN, daremos atenção também a um elemento pouco tangenciado pelos Ministros, abordado apenas acessoriamente, qual seja a liberdade do

<sup>36</sup> **Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

<sup>37</sup> **Art. 153.** Compete à União instituir impostos sobre: [...] **III** – renda e proventos de qualquer natureza. *Op. cit.*, 1988.

<sup>38</sup> **Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] **III** – cobrar tributos: **a**) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; [...] **c**) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea *b*. *Op. cit.*, 1988.

legislador ordinário em definir o conceito de "aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica", peça substancial do fato gerador do tributo em comento.

Neste sentido, sobre o *fato gerador* enquanto fenômeno jurídico tributário, discorre Paulo de Barros Carvalho que, para preenchimento da regra-matriz de incidência tributária, considera-se ocorrida a subsunção do fato à norma

"quando o fato guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese [tributária]. Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação [...]. Para que seja tido como *fato jurídico tributário* (grifo do autor), a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer **a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata. Que apenas um não seja reconhecido, e a dinâmica que descrevemos ficará inteiramente comprometida (grifo nosso)**". 2012, p. 316.

Na linha dos ensinamentos do autor – com a qual compactuam expoentes do Direito Tributário como Ricardo Lobo Torres (2011, p. 241-272) e Roque Antônio Carrazza (2012, p. 267-285) –, o *fato gerador* enquanto instituto do direito tributário traduz-se num fenômeno concreto da vida real a partir do qual tem-se por iniciada a relação jurídica tributária entre fisco e contribuinte. Deste modo, o fato gerador contido na hipótese abstrata de incidência exige a observância de todos os seus elementos enquanto requisito de suficiência para subsunção do fato concreto à norma jurídica, o que importa em dizer que qualquer unidade da norma não cumprida impede sua produção de efeitos no campo tributário, e, logicamente, a incidência do tributo.

Para tanto, dispôs o art. 146, III, *ada* CRFB<sup>39</sup> que à lei complementar compete estabelecer normas gerais em matéria tributária, e, especificamente em relação aos impostos, seus respectivos *fatos geradores*. Tomando por referência o art. 43, §2º do CTN, percebe-se como pressuposto de incidência do imposto a *aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica* sobre a renda que se pretende tributar, ou seja, aquisição do *poder de disposição* sobre os recursos, sobre o acréscimo patrimonial, o que exprime um fenômeno concreto da vida do indivíduo que há de ser respeitado pelo aplicador do direito. Por um silogismo óbvio, se não houver *aquisição de disponibilidade*, não há que se falar em incidência do imposto sobre a renda. De igual maneira, não poderá o legislador ordinário,

---

<sup>39</sup>**Art. 146.** Cabe à lei complementar: **III** - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: **a)** definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;



para fins de pormenorização da regra, indicar como *aquisição de disponibilidade* aquilo que no mundo dos fatos não o é, aquilo que não confere ao contribuinte o poder de disposição sobre a renda que pretende-se tributar, tanto porque não pode a lei ordinária modificar a essência da obrigação tributária (ante a reserva de lei complementar do art. 146, III, *a* da CRFB), quanto porque não poderia definir como *aquisição de disponibilidade* qualquer fenômeno.

Alberto Xavier, doutrinador ao qual remetem-se as maiores estimas, opinou sobre o tema, arguindo que

**"[o] que a lei não pode sem adentrar no terreno da ficção legal é, a pretexto de fixar o momento temporal do fato gerador, definir que ele já se produziu quando a sua produção ainda não teve início ou pode nunca chegar a verificar-se. É precisamente o que ocorre com o fenômeno da apuração do lucro, que é o momento lógico e cronologicamente anterior ao da disponibilização do lucro e que, sendo embora condição necessária não é, porém, suficiente, já que o lucro apurado pode ser capitalizado e jamais devolvido em benefício dos sócios".** (2005, p. 485).

Revisitando o excerto da exposição de motivos supramencionado, acerca da disponibilidade econômica enquanto fato gerador identificado pelo Presidente da República, editor da MP n° 2.158-35 de 2001, deve-se contemplar as seguintes indagações:

- a) em que consistiria o termo "aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica" contido na norma? Qual a materialidade por detrás do conceito?
- b) poderia o legislador ordinário criar fato presumido para configuração da referida aquisição? É matéria reservada ao legislador complementar?
- c) a data do balanço, no qual se apuram os lucros, atende ao requisito da norma?

Votando em favor do Fisco, a Ministra Ellen Gracie assim assentou sua interpretação sobre a questão:

"A lei ordinária, ao estabelecer as condições e o momento da disponibilidade da receita ou do rendimento oriundo do exterior, obviamente não pode fixar hipóteses em que não haja efetiva disponibilidade econômica ou jurídica, sob pena de ferir a regra geral disposta do *caput* do art. 43 do Código Tributário Nacional, que prevê como fato gerador do imposto de renda a aquisição dessa disponibilidade". (2014, p. 8).

No mesmo sentido disserta o Ministro Moreira Alves, que ao debater com o Ministro Nelson Jobim, faz observação para "não se ficar com a ideia de que a lei pode estabelecer qualquer conceito de renda, ainda que não seja o real". Sugeriu ainda uma reflexão em sentido inverso para verificação de usurpação pela MP de matéria reservada à lei complementar: se não fosse pelo advento da MP, o IRPJ poderia ser cobrado nos moldes estabelecidos?

O Ministro Marco Aurélio, ao syndicar o conteúdo do art. 43, §2º do CTN, também segue pela mesma linha, resumindo sua percepção à assertiva de que

**"[o] art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35 encerraria ficção jurídica em que enquadrada como renda situação que não revela renda em si. Isso estaria evidenciado ao se prever a consideração, como disponibilizados, para a controladora ou coligada no Brasil, lucros constantes do balanço formalizado pela controlada ou coligada no exterior, ou seja, a simples apuração do resultado.** O conceito constitucional de renda direcionada à disponibilidade. [...] O fato gerador do imposto sobre a renda [...], é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, fenômeno sempre concreto e que não pode, à mercê de ficção jurídica extravagante, insuplantável, ser deturpada, a ponto de se dizer que, onde não há disponibilidade econômica ou jurídica, entenda-se há acontecido o fenômeno, como ocorre enquanto o lucro da coligada ou controlada existente no exterior continua, consoante a legislação de regência, no estrangeiro, no próprio patrimônio da empresa que o apurou, não sendo, consideradas as diversas modalidades admitidas em Direito, transferido à empresa situada no Brasil, que, por isso mesmo, não tem como integrar qualquer aporte, em termos de renda, ao respectivo balanço".

Na linha oposta, pugnando pela improcedência da ADI, o Min. Nelson Jobim defendia de forma veemente a constitucionalidade da tributação na forma como estabelecida pela MP, cujo voto serviu de referência para boa parte dos Ministros basearem suas decisões. Cabe transcrever trecho de seu julgado que resume sua premissa:

"Na linha da CF, a lei complementar definiu o fato gerador como a **DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA** (grifos do autor). Remeteu para a legislação ordinária a fixação do momento da **DISPONIBILIDADE**. Não há que confundir o fato gerador – a **DISPONIBILIDADE** –, com o momento em ela se dá (sic)." (grifos do autor).

Assim, nas palavras do eminente Ministro, a definição do momento em que haveria a *aquisição da disponibilidade* dos recursos não se confundiria com o *fato gerador* do tributo, mas não seria exatamente o oposto? A verificação do critério temporal de aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica não seria elemento essencial na aferição do fato gerador?

De igual maneira votaram os Ministros Eros Grau, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e a Relatora Min. Ellen Gracie, que apesar de oscilarem entre a improcedência total ou parcial da ADI sobre alguns pontos, convergiram no sentido de que a data do balanço, na qual se apuram os lucros das companhias no exterior, repercutiria economicamente no patrimônio da empresa localizada no Brasil, motivo pelo qual estaria cumprido o requisito da aquisição de disponibilidade econômica. Por pressuposto lógico, entenderam que à MP confere-se competência para estabelecer o momento no qual se verifica a referida aquisição. A decisão final da Corte estabeleceu a aplicação da norma contida no art. 74 em comento apenas para as empresas nacionais que possuam controladas e coligadas em países de tributação favorecida ("paraísos fiscais"), bem como a inconstitucionalidade do parágrafo único do mesmo artigo, por violação aos princípios da anterioridade.

Vislumbramos, contudo, que há certa desvirtuação do sentido que se extrai da redação do texto em análise, que estabelece um fenômeno concreto, material, enquanto pressuposto do fato gerador do imposto de renda incidente tanto sobre pessoas físicas quanto jurídicas, qual seja a *aquisição de disponibilidade*. A locução denota a identificação no tempo do momento no qual o sujeito passivo estará investido dos poderes de disposição dos valores que pretende-se sejam tributados, e cuja materialidade não comportaria, *a priori*, uma presunção introduzida pela legislador ordinário. Por isso, parece-nos que a interpretação-produto do Supremo Tribunal Federal desconsiderou a aquisição de disponibilidade enquanto elemento essencial do texto analisado.

A própria decisão final indica sinais de não atendimento à aquisição da disponibilidade, motivo pelo qual teriam rejeitado sua aplicação para coligadas e controladas que não estivessem localizadas em paraísos fiscais, pugnando pela aplicação do dispositivo apenas para a hipótese oposta, enquanto forma de coibir planejamentos abusivos. Em outras palavras, entendeu que apenas o risco de evasão fiscal justificaria a aplicação da norma naqueles moldes. Ora, se a hipótese estava abarcada pelo fato gerador na forma como estabelecida pelo CTN, por qual motivo a regra não poderia ser aplicada às demais companhias? Por que, aos olhos de alguns Ministros, somente quando coadunada a uma política de prevenção fiscal estaria correta sua aplicação?

Não haveria que se confundir a simples repercussão econômica da realização do balanço da coligada ou controlada no exterior no patrimônio da empresa brasileira para que, então, presuma-se cumprida a "aquisição de disponibilidade econômica",

elemento que, como tantas vezes já demonstrado, não denota uma aquisição material de poder de disposição dos recursos. Constatou-se aqui, portanto, mais um caso de descomedimento de mecanismos hermenêuticos pelo Tribunal para introduzir no ordenamento um comando de natureza política que atenderia ao seu entendimento de “melhor decisão”, de melhor eficiência da aplicação da matéria da norma e não da norma em si, consoante a evidente afronta aos elementos nela contidos.

Com base na ADI, foram encontradas outras 4 (quatro) decisões da Corte que fizeram referência ao acórdão, todas do Pleno conforme TABELA 03 em anexo.

#### **4.4. AgR RE 550.170 – SP: IPI sobre a Importação de Veículos para Uso Próprio**

No referido caso discutia-se a possibilidade de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), previsto na Constituição Federal em seu art. 153, IV, nos casos de importação de veículos para uso próprio, perante a regra prescrita no art. 46, I do Código Tributário Nacional, que estabelece expressamente a incidência do referido tributo para os casos de importação. A celeuma girava em torno da repercussão do *Princípio da Não Cumulatividade* ao caso, previsto no art. 153, §3º, II da CRFB, e cuja finalidade seria essencialmente a de impedir incidências cumulativas do mesmo imposto numa só cadeia de operações. Confirmaram-se as regras.

##### **Constituição Federal**

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

**IV** - produtos industrializados;

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

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

##### **Código Tributário Nacional**

**Art. 46.** O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

**I** - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

Em função do princípio ora citado, entendia a ré (contribuinte do imposto) que a incidência seria inconstitucional, posto que se trataria de incidência cumulativa do imposto. No sentido oposto, defendia a Fazenda Nacional a incidência do tributo ante a inaplicabilidade do princípio ao caso, visto que não haveria qualquer incidência cumulativa na cadeia de operações, flagrante o fato de que a importação seria para uso próprio, e que, portanto, sequer haveria próxima etapa. O *Princípio da Não*

*Cumulatividade* teria, portanto, o condão de evitar incidências múltiplas, e não de evitar a primeira ou qualquer incidência, o que se traduziria numa isenção propriamente dita.

Propondo-se a interpretar o tema, ao analisar o art. 43 do CTN, o Supremo não questionou a incidência do IPI nos casos de importação de veículos, mas houve por bem acatar a postulação da ré para entender que haveria uma afronta ao princípio em análise, esculpido expressamente no texto constitucional. Nesse sentido, manifestou-se o Min. Ricardo Lewandowski, relator do acórdão: “[a] jurisprudência dessa Corte é no sentido de que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da não cumulatividade, a incidência do IPI em importação de bem para uso próprio, por pessoa física não contribuinte habitual do referido imposto”. Coube, por conseguinte, colacionar diversos outros julgados já exarados pelo Supremo no mesmo sentido da sua decisão, para demonstrar o tratamento historicamente conferido à matéria.

Apesar de tratar-se de um caso cuja interpretação restringiu-se a um princípio, optamos por incluí-lo acessoriamente na presente pesquisa para fins de demonstração de que, mesmo quando ausente um texto específico que determine seu conteúdo, há como se verificar a existência de certa delimitação da matéria que permite, em consequência, a constatação de falhas ou excessos interpretativos no conteúdo da norma. Em outras palavras, que o Supremo tem ido muito além de sua função e desvirtuado mecanismos hermenêuticos nos mais diversos casos. Explica-se.

O princípio, expresso no art. 153, §3º, II da CRFB, traduz um comando no sentido de impedir que o mesmo tributo incida várias vezes numa mesma cadeia de operações, o que tradicionalmente ocorreria com o IPI e ICMS. Impede, por exemplo, que se cobre o IPI da indústria produtora do material, da indústria de transformação, do fabricante do produto específico, da indústria responsável pela embalagem do produto etc., de forma que só incida uma vez em toda essa cadeia.

Em vista disso, duas deduções lógicas (D1 e D2) podem ser feitas a partir das seguintes premissas (P1 e P2), baseadas no número de incidências:

**P1:**o princípio da não cumulatividade repele a cumulatividade, incidências múltiplas de um tributo numa só cadeia de operações;

**P2:**só se pode falar na existência de incidências cumulativas quando há, pelo menos, duas delas;

Logo,

**D1:**se nunca houve uma primeira incidência, não há cumulatividade;

**D2:**se houve somente uma incidência em toda cadeia, também não há cumulatividade.

A inferência também pode ser feita a partir de uma perspectiva distinta, baseada no número de operações:

**P1:**se a cumulatividade pressupõe múltiplas incidências numa mesma cadeia, é imprescindível, portanto, que haja uma sequência de operações. Exige-se, então, pelo menos duas delas:  $A > B > C$ , por exemplo.

**D1:**Se o negócio resume-se a uma operação  $A > B$ , não há como haver cumulatividade, pois só há uma operação e, por consequência, uma incidência possível<sup>40</sup>.

Ora, se o Supremo entendeu que deveria ser aplicado o princípio da não cumulatividade – que, mais uma vez, impede múltiplas incidência de um mesmo tributo – questiona-se:

- a) Na operação de importação de um veículo do País X (Px) para o Brasil (Pb), onde estão as múltiplas incidências ?
- b) Não existe apenas uma operação, a de Px para Pb ?
- c) Quando ocorreu a 1ª incidência, para que possa se afirmar que a 2ª seria indevida?

Tais reflexões demonstram descaso com a seriedade da atividade hermenêutica no referido caso ante a evidente inaplicabilidade do princípio à matéria e ressoante desconsideração do texto da lei enquanto comando jurídico e limite interpretativo. Apesar de o CTN ter previsto expressamente a incidência do IPI nos casos de importação, sem estabelecer qualquer distinção quanto ao importador pessoa física ou jurídica, ou quanto a sua destinação, o Supremo Tribunal Federal optou por implementar um comando novo no ordenamento enquanto correspectivo direto da sua vontade, antagônico à incidência ordenada pelo Código Tributário, criando verdadeira isenção tributária para os casos de importação de veículos para uso próprio (já que impediu, inclusive, que ocorresse a primeira incidência do tributo).

Quanto ao presente caso, julgado em meados de 2011, não foram encontradas outras decisões que fizessem menção a ele.

---

<sup>40</sup>Destaque-se que, se o IPI incidir duas vezes na operação  $A > B$ , não será hipótese de cumulatividade e sim de *bis in idem*.

## **5. A ATIVIDADE JUDICANTE DO SUPREMO SOB A PERCEPÇÃO DE OUTROS TRIBUTARISTAS.**

Para fins de identificação da percepção que outros profissionais teriam quanto à atividade judicante do Supremo Tribunal Federal e seus eventuais descomedimentos, foram entrevistados Procuradores da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 2ª Região<sup>41</sup> em exercício atualmente e com vasta experiência no campo do direito tributário, bem como advogados tributaristas nas mesmas condições, o que permite que se conheça a percepção tanto de quem atua no interesse do Estado quanto a de quem atua no interesse dos contribuintes. Todos foram questionados sob uma perspectiva geral acerca do papel do STF, sobre a constatação de eventuais exageros no decorrer de suas carreiras, opiniões específicas sobre os casos aqui elencados e outros elementos que surgiram no decorrer das tratativas (conforme Roteiro de Entrevista em anexo).

Para melhor adequação e comparação com os temas abordados até aqui seus comentários e respostas serão inicialmente considerados de forma universal, sem que sejam elencadas as opiniões de cada um acerca de cada ponto da entrevista sequencialmente, o que tornaria a leitura muito mais complexa, mecânica e tediosa. Os discursos serão tratados enquanto abordagens generalizadas e abertas, para que se entenda a ideologia de cada um e não apenas suas orientações pontuais. Ao final, serão convertidos em tabelas objetivas.

### **5.1 Entrevistas e Dados Coletados**

Com algumas ressalvas, a maioria dos entrevistados concordou com a assertiva de que “o Supremo Tribunal Federal” faz as vezes do Poder Legislativo ao proferir algumas decisões, não só em matéria tributária como também em outros ramos do Direito. Pode-se afirmar que há um sentimento geral de inconformidade com algumas decisões exaradas pela Corte, que na opinião deles frequentemente incorre em exageros ao interpretar de forma equivocada determinados textos e institutos jurídicos.

Questionado quanto ao fenômeno, e concordando com a afirmativa, o Procurador Luiz Fernando Correia salientou que historicamente as deturpações ocorreriam

---

<sup>41</sup> Entrevistada 01: Adriana de Saboya Goldberg, Procuradora da Fazenda há 15 anos e Chefe-Substituta da Divisão de Defesa de 2ª Instância; Entrevistado 02: Luiz Fernando Serra Moura Correia, Procurador da Fazenda há 15 anos e Chefe da Divisão de Defesa de 1ª Instância; Entrevistada 03: Patrícia Grassi Osório, Procurador da Fazenda há 10 anos; e Entrevistado 04: Wagner de Almeida Pinto, Procurador da Fazenda há 22 anos; Entrevistado 05: Wagner Coelho Schuindt, advogado tributarista – OAB/RJ 189.986; Entrevistado 06: César Romero Cavalcanti de Albuquerque Neto, advogado tributarista – OAB/RJ 159.044;

mais em outras áreas e não em matéria tributária propriamente dita, fazendo alusão principalmente aos ramos afetos aos direitos humanos. Segundo ele, a Suprema Corte tem mais cautela quando se depara com uma celeuma tributária, o que poderia ser explicado pela sua latente repercussão fiscal e econômica em ações de grande vulto. Assentou, contudo, que o Supremo parece ter deixado de decidir conforme o direito para decidir conforme suas próprias convicções político-ideológicas, de forma que antes mesmo da análise do caso já possui uma percepção que é apenas instrumentalizada na fundamentação da decisão. Em outras palavras, não analisa o caso sob a perspectiva do ordenamento, mas sobre a sua própria, e fundamenta sua decisão da forma melhor convier para seu argumento.

Numa vertente mais radical, a Procuradora Adriana Goldberg nega verificar tais exageros nas decisões do Supremo. Em sua opinião, interpretar o direito perante a Constituição em nome da melhor efetividade e justiça das normas é muitas vezes inovar no ordenamento e modificar institutos jurídicos moderadamente, o que exemplificou muito bem com a possibilidade da “modulação temporal” dos efeitos das decisões. Afirma que fenômenos externos ao direito, como a repercussão social ou econômica de uma decisão, devem ser considerados quando do julgamento para que não se crie um problema no intento de solucionar outro.

Quanto ao texto da lei enquanto limite interpretativo destacou um curioso fenômeno que pode resultar numa percepção equivocada quanto às falhas na interpretação do Supremo, qual seja uma espécie de “prequestionamento implícito” no campo das decisões judiciais, como uma “fundamentação implícita”. Explica-se: o fato do Supremo não indicar expressamente em sua fundamentação uma regra ou princípio, não indica necessariamente que a matéria não tenha sido tomada sob aquela perspectiva e que não tenha sido analisada perante a unidade do ordenamento. Apesar de desafiar o *princípio da motivação das decisões judiciais*, a observação merece registro na medida em que justificaria eventuais desvirtuamentos interpretativos de um texto.

Para a Procuradora Patrícia Osório, os equívocos interpretativos em matéria tributária seriam muito mais comuns nos tribunais inferiores do que no Supremo Tribunal, mas não descarta a existência de decisões nesta linha na Corte. Criticando a instâncias menores, destacou as discussões envolvendo o FUNRURAL, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e o próprio caso da incidência do IPI na Importação de veículos como exemplos históricos de má interpretação das normas tributárias.



Já o Procurador Wagner Pinto concorda com a ostensiva atuação legiferante do STF, que muitas vezes modifica de maneira substancial textos e institutos jurídicos para aplicar no caso concreto uma norma não prevista no ordenamento. Fez por bem destacar, assim como Luiz Fernando Correia e Adriana Goldberg, que em muitos casos as decisões se dão em nome da melhor eficiência e da prevenção do agravamento de outros problemas sociais e econômicos, mas reitera a afirmativa de que mesmo em tais casos não se pode desconsiderar que alguma modificação foi implementada na lei ou na Constituição.

Para ele, esse recente fenômeno de *ativismo judicial* e deturpação da lei põe em risco a própria essência das normas tributárias, qual seja a de proteção do cidadão perante o poder coercitivo do Estado de restrição da propriedade privada, ocasionando instabilidade e insegurança jurídicas para o ordenamento e, principalmente, para o contribuinte.

Entre os advogados atuantes no ramo tributário há uma percepção mais latente de tais desvirtuações hermenêuticas por parte da Corte, que segundo afirmam, agrava-se à medida que tais extrapolações são reiteradas em novas decisões e os limites à atividade continuam não existindo. Tal prática acompanharia o maior protagonismo judicial tão comentado nas duas última década, que não ocorreria só apenas no campo da hermenêutica jurídica mas também na judicialização de todas as questões sociais, sendo esta última culpa não só do Judiciário mas também de *cultura do litígio* entranhada em nossa sociedade.

Na opinião dos advogados Wagner Schuindt e César Albuquerque, o fenômeno não pode ser ignorado mesmo que historicamente tenha se prestado ao atendimento de interesses econômicos e sociais. Explica-se. Por mais que tais decisões denotem uma reformulação do texto da lei para proteção de um interesse econômico ou social, tal iniciativa deve partir do Poder Legislativo, restando ao Judiciário apenas os casos nos quais o imediatismo e a urgência da decisão são inquestionáveis. Convergem também no sentido de que não se pode confundir a necessidade de arrecadação por parte do Poder Público com emergência no julgamento de litígios tributários e de atribuição a eles de um caráter de "rentabilidade", como se houvesse a necessidade de interpretação sob a perspectiva puramente arrecadatória.

Após as entrevistas, os seguintes dados podem ser colacionados quanto às perguntas realizadas:

**A. Quanto à constatação de atividade legiferante– em qualquer área do Direito – no Supremo Tribunal Federal no decorrer da carreira:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**B. Quanto à constatação de atividade legiferante exclusivamente em matéria tributária no Supremo Tribunal Federal no decorrer da carreira:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**C. Quanto ao papel do *texto da lei* como limite interpretativo intransponível para o Supremo Tribunal Federal:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		

PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**D. Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal na matéria constante do RE 588.322 e a deturpação do texto da lei:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**E. Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal na matéria constante do RE 198.988 e a deturpação do texto da lei:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**F. Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal na matéria constante da ADI n° 2.588-DF e a deturpação do texto da lei:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT		

**G. Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal na matéria constante do RE Ag. Reg. 550.170 e a deturpação do texto da lei:**

	CONCORDA	DISCORDA
ADRIANA GOLDBERG		
CÉSAR ALBUQUERQUE		
LUIZ FERNANDO CORREIA		
PATRÍCIA OSÓRIO		
WAGNER PINTO		
WAGNER SCHUINDT	NÃO RESPONDEU À PERGUNTA	

**6. CONCLUSÃO.**

Inicialmente, cumpre fazer os seguintes destaques quanto aos dados coletados nas pesquisas:

- A. Dos 06 (seis) entrevistados, todos concordam que o STF atua como legislador positivo sob uma análise geral do Direito (não especificamente no campo tributário);
- B. Quanto ao papel do *texto da lei* perante o STF, 05 (cinco) entrevistados concordaram que representa limite intransponível para a interpretação do STF;

- C. Especificamente no campo tributário, 04 (quatro) entrevistados concordam que o STF atua como legislador positivo. 02 (dois) negaram a veracidade da afirmativa e não identificaram nenhum caráter legiferante nos casos elencados no trabalho;
- D. Dos 04 (quatro) que identificaram a atividade legiferante do STF em matéria tributária, concordaram com sua existência, em média, em 75% dos casos apresentados;
- E. Com base no número total de entrevistados, a média acima cai para 50%.

Apesar da unanimidade quanto à compreensão de que o Supremo Tribunal Federal vem atuando como legislador positivo, a máxima é mitigada quando a pergunta é feita especificamente quanto a sua atuação no campo tributário. Além de não haver consenso sobre este último caso, os entrevistados demonstraram dificuldade em mencionar casos nos quais identificaram essa tendência legiferante do Supremo, mesmo entre aqueles que haviam concordado que tal prática seria recorrente na área tributária. No que diz respeito aos casos específicos constantes do trabalho, a divergência de opiniões quanto a eventuais exageros interpretativos nos referidos acórdãos foi equilibrada, havendo empate absoluto de opiniões nos dois primeiros, maior sinal de verificação de atividade legiferante no caso do RE Ag. Reg. 550.170, e maior sinal de justeza interpretativa no caso da ADI n° 2.588, ou seja, de respeito ao texto da lei.

Assim, apesar de não haver consenso sobre a matéria, é possível se afirmar que os profissionais do Direito possuem a percepção de que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo tributário com certa frequência, desrespeitando o texto da lei enquanto limite interpretativo, na opinião tanto de quem atua em nome do Fisco como daqueles que atuam em nome dos contribuintes. Desta forma, a grande maioria dos entrevistados concorda que o *texto da lei* deveria operar limite interpretativo intransponível para o STF.

Paralelamente à recorrência do fenômeno na Corte, foi identificado um elevado número de acórdãos no mesmo sentido das decisões sobre as quais se verificou a existência de algum caráter legiferante e de exageros interpretativos, o que indica que o Tribunal não se autolimita na interpretação do texto da lei, e além disso, que a prática é repetida paulatinamente, de forma a demonstrar que a Corte não apenas cometeu exageros

interpretativos em alguns casos mas que isso vem se tornando comum, o que denota uma urgência na revisão dos limites que deveriam permear a hermenêutica do Tribunal. Na mesma linha da tese defendida por Owen Fiss, os entrevistados demonstraram que a preocupação dos profissionais do Direito quanto aos exageros interpretativos se dá mais em nome da preservação da segurança jurídica, tanto dos entes públicos quanto dos contribuintes, do que em nome da preservação da Separação dos Poderes propriamente dita, que também não deixa de ter relação com o primeiro caso.

Desta forma, o presente trabalho cumpriu por demonstrar que o Supremo Tribunal Federal de fato desconsidera o texto da lei enquanto limite interpretativo, e que, ante a ausência deste limite, a atividade hermenêutica da Corte alcança campos de decisão nos quais não deveria adentrar em princípio. Não obstante o pernicioso fenômeno, ficou claro sua renovação e reiteração na medida em que as mesmas decisões continuam sendo expedidas sem que haja uma preocupação em frear essa conduta legiferante deliberada que passou a fazer parte da cultura de julgamento do Tribunal. Há necessidade de se repensar sua forma de atuação e de articular formas mais seguras e objetivas de análise dessa conduta, reprovada enquanto método de julgamento.

Um próximo passo no estudo do fenômeno, além de aprofundamento na matéria, é a busca pela existência de remédios institucionais para os casos nos quais reste demonstrado que o Supremo está desafiando o Princípio da Separação de Poderes ao não respeitar limites interpretativos na composição de suas decisões, e cuja eficácia, adianta-se, poderá permear a revisitação de toda a ideologia interpretativa do Tribunal para articulação de mecanismos de reequilíbrios das funções legiferante e judicante.

Espera-se, por bem, que em nome da ciência jurídica o Direito continue vigilante quanto ao funcionamento de suas instituições e sua frequente renovação, a fim de garantir a estabilidade e a justiça para o nosso Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger S. *O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro*. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre S. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. N° 09, mar./mai., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em: 23, abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. *A Verdade Não tem dono: a ascensão do Judiciário e a indeterminação do Direito no mundo contemporâneo*. *JOTA*: 22, set. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/academia/academia1-a-verdade-nao-tem-dono-a-ascensao-do-judiciario-e-a-indeterminacao-do-direito-no-mundo-.VCFkUwt-fDE.facebook>>. Acesso em: 22, abr. 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar. 2ª ed. Cap. IV: A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa. Págs. 125-194. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Della Scienza Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.
- CAMPOS, Claudinei J. G. *Métodos de Análise de Conteúdo: ferramenta para a análise de dados qualitativos no campo de saúde*. Brasília: Revista Brasileira de Enfermagem, set-out 2004, p. 611-614.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2012.
- CAREGNATO, Rita C. A.; MUTTI, Regina. *Pesquisa Qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo*. Florianópolis: Texto Contexto Enferm, out-dez 2006, p. 679-684.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEMO, Pedro. *Avaliação Qualitativa*. 9ª ed. – Coleção Polêmicas do Nosso Tempo. Campinas: Autores Associados, 2008.

FERNANDES, Ricardo V. C.; BICALHO, Guilherme P. D. *Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, n° 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Também disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23, abr. 2015.

FISS, Owen M. *Objectivity and Interpretation*. Stanford (CA): Stanford Law Review, Vol. 34.N° 04. Abr., 1982. Págs. 739-762.

\_\_\_\_\_. *The Limites of Judicial Independence*. New Haven (CT): Yale Faculty Scholarship Series. Artigo n° 1.333. Jan., 1993. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1333](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1333)> Acesso em: 23, abr. 2015.

FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada em: 26 de ago., 1789.

FRATTARI, Rafael. *As Taxas de Fiscalização em Crise: a culpa é do Supremo Tribunal Federal ?*In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 261, set-dez de 2012, p. 147-177.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. In: Novos Estudos Jurídicos – Ano VII, N° 14. 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEMOES, R. D. D.; XAVIER, Y. M. A. *Participação Popular e Eficiência nas Agências Reguladoras: Fundamentos, Limites e Conflitos no Âmbito do Direito Positivo*. In: Constituição e Garantia de Direitos, vol. 3, n° 1, ano 4. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/289>>. Acesso em: 25, abr. 2015.

MATOS, A. S. M. C.; MILÃO, D. A. P. *Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito*. Florianópolis: Sequência, n. 67, p. 111-137, dez. 2013.

NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Antônio J. B. de. *Minicurso: História, Memória e Produção Discursiva de Instituições*. In: XIV Encontro Regional de História. Universidade Santa Úrsula, Rio de Janeiro: ANPUH-Rio, 2014.

SILVA, Edna L. da. e MENEZES, E. Muszkat. *Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação*. 4ª ed. rev. atual. – Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em



<[https://projetos.inf.ufsc.br/arquivos/Metodologia de pesquisa e elaboracao de teses e dissertacoes\\_4ed.pdf](https://projetos.inf.ufsc.br/arquivos/Metodologia_de_pesquisa_e_elaboracao_de_teses_e_dissertacoes_4ed.pdf)>. Acesso em: 13, dez. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

## ANEXOS

Tabela 01

<b>RE 588.322 / RO – RECORRÊNCIA DA DECISÃO NA CORTE</b>	
 <b>ARE-AgR 802894 / MG - MINAS GERAIS</b>	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 12/05/2015 - Segunda Turma
 <b>ARE-AgR 707908 / RJ - RIO DE JANEIRO</b>	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 16/12/2014 - Primeira Turma
 <b>AI-AgR 812563 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em: 17/12/2013 - Segunda Turma
 <b>ARE-AgR 762240 / SC - SANTA CATARINA</b>	Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em: 29/10/2013 - Segunda Turma
 <b>RE 554951 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 15/10/2013 - Primeira Turma
 <b>RE-AgR 555254 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 13/08/2013 - Primeira Turma
 <b>RE-AgR 601700 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgado em: 28/08/2012 - Segunda Turma
 <b>ARE-AgR 664722 / RS - RIO GRANDE DO SUL</b>	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 24/04/2012 - Segunda Turma
 <b>AI-AgR 744127 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 18/10/2011 - Primeira Turma
 <b>RE-AgR 392224 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgado em: 14/06/2011 - Segunda Turma
 <b>RE-AgR 551487 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 05/04/2011 - Segunda Turma
 <b>AI-AgR 546587 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 11/10/2005 - Segunda Turma
 <b>RE-AgR 367929 / MG – MINAS GERAIS</b>	Relator(a): Min. Marco Aurélio Julgado em: 02/12/2010 - Primeira Turma

Tabela 02

<b>RE 198.988-5 / SP – RECORRÊNCIA DA DECISÃO NA CORTE</b>	
 <b>RE 211.580 / SP – SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 19/06/2002 – Decisão Monocrática
 <b>RE 338.681 / SP – SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 06/12/2005 – Segunda Turma
<b>RE 392.055 / SP – SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 11/11/2003 – Decisão Monocrática
<b>RE-AgR 831.466/ DF – DISTRITO FEDERAL</b>	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 28/04/2015 – Primeira Turma
<b>AI – AgR 550.643 / RJ – RIO DE JANEIRO</b>	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 28/05/2013 – Primeira Turma
<b>RE-AgR 296.199 / PB – PARAÍBA</b>	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 07/05/2013 – Segunda Turma
<b>RE-AgR 472.729 / MA – MARANHÃO</b>	Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgado em: 23/03/2010 – Segunda Turma
<b>RE- AgR 749.431 / SP – SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. EROS GRAU Julgado em: 15/09/2009 – Segunda Turma
<b>RE 199.147 / RJ – RIO DE JANEIRO</b>	Relator(a): Min. NELSON JOBIM Julgado em: 16/04/2008 – Tribunal Pleno
 <b>RE-AgR 255434 / GO - GOIÁS</b>	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 19/02/2008 - Segunda Turma
 <b>ADI 3103 / PI - PIAUÍ</b>	Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgado em: 01/06/2006 - Tribunal Pleno
 <b>RE-AgR-ED 338681 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 06/12/2005 - Segunda Turma
 <b>RE-AgR 414588 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. EROS GRAU Julgado em: 31/05/2005 - Primeira Turma
 <b>Pet-AgR 2629 / RJ - RIO DE JANEIRO</b>	Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO Julgado em: 19/03/2002 - Primeira Turma
 <b>RE 201703 / ES - ESPÍRITO SANTO</b>	Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgado em: 13/11/2001 - Primeira Turma
 <b>RE-AgR 228509 / ES - ESPÍRITO SANTO</b>	Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgado em: 07/08/2001 - Primeira Turma
 <b>SS-AgR 1887 / PA - PARÁ</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 01/03/2001 - Tribunal Pleno
 <b>SS-AgR 1492 / MA - MARANHÃO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO










	Julgado em: 01/03/2001 - Tribunal Pleno
 <b>SS-AgR 1836 / RJ - RIO DE JANEIRO</b>	Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgado em: 01/03/2001 - Tribunal Pleno
 <b>ADI-MC 2377 / MG - MINAS GERAIS</b>	Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgado em: 22/02/2001 - Tribunal Pleno
 <b>ADI-MC 2352 / ES - ESPÍRITO SANTO</b>	Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgado em: 19/12/2000 - Tribunal Pleno
 <b>AI-AgR 224951 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. NELSON JOBIM Julgado em: 10/10/2000 - Segunda Turma
 <b>RE 198088 / SP - SÃO PAULO</b>	Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO Julgado em: 17/05/2000 - Tribunal Pleno
 <b>RE-AgR 254205 / PI - PIAUÍ</b>	Relator(a): Min. NELSON JOBIM Julgado em: 28/03/2000 - Segunda Turma

Tabela 03

<b>ADI 2.588 / DF – RECORRÊNCIA DA DECISÃO NA CORTE</b>	
 <b>RE 614406 / RS - RIO GRANDE DO SUL</b>	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 23/10/2014 - Tribunal Pleno
 <b>RE 611586 / PR - PARANÁ</b>	Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgado em: 10/04/2013 - Tribunal Pleno
 <b>RE 541090 / SC - SANTA CATARINA</b>	Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgado em: 10/04/2013 - Tribunal Pleno
 <b>RE 586482 / RS - RIO GRANDE DO SUL</b>	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 23/11/2011 - Tribunal Pleno