

- TREMONTI, Giulio. Le Iscrizioni a Ruolo delle Imposte sui Redditi. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 40 (2) : 81-86, 1981.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge : Harvard University Press, 2006.
- VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1979.
- VOGEL, Klaus. *Der offene Finanz- und Steuerstaat*. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1991.
- WOLCHER, Louis E. Sovereign Immunity and the Supremacy Clause : Damages Against States in their Own Courts for Constitutional Violations. *California Law Review* 69 : 312-323, 1981.

A TEORIA DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E A CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Gustavo da Gama Vital de Oliveira¹

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A supremacia judicial na doutrina norte-americana; II.1. Críticas de ordem democrática à supremacia judicial; II.2. Críticas de ordem institucional à supremacia judicial. III. A teoria do diálogo constitucional. IV. Correção legislativa da jurisprudência e supremacia judicial no Direito Constitucional Brasileiro. V. A correção legislativa da jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro; V.1. A EC nº 20/1998 e o art. 195, inc. I da CRFB/1988; V.2. A EC nº 29/2000 e a progressividade fiscal do IPTU; V.3. A EC nº 33/2001 e o ICMS na importação por pessoa física; V.4. A EC nº 39/2002 e a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. VI. Conclusões.

I. Introdução

A correção legislativa da jurisprudência é fenômeno que se torna cada vez mais comum no cenário constitucional brasileiro. Diversas emendas constitucionais e atos normativos infraconstitucionais são editados pelo Poder Legislativo com o propósito evidente de modificar determinado entendimento jurisprudencial consolidado pelos tribunais.

Na lição de Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência:

"[...] dá-se através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma inten-

¹ Procurador do Município do Rio de Janeiro Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

cionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria”².

O tema da correção legislativa da jurisprudência tangencia praticamente todas as questões atuais da filosofia constitucional, tais como a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o novo desenho da separação de poderes e a definição dos intérpretes da Constituição. O tema também tangencia um dos tópicos mais discutidos na história da filosofia política e constitucional, que é a tensão permanente entre o constitucionalismo (ligado à ideia de contenção da soberania popular) e a democracia (que exalta o poder da soberania popular).

A correção legislativa da jurisprudência mantém estreita relação com o tema do novo dimensionamento que o princípio clássico da separação de poderes vem recebendo da filosofia política contemporânea, podendo ser considerada uma das facetas do sistema de freios e contrapesos, ideia que permeia a moderna definição da separação de poderes³.

A soma de todos os aspectos descritos acima com outro, específico da realidade constitucional brasileira — a extensão exagerada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) —, não torna difícil a tarefa de explicar os motivos que levam a correção legislativa da jurisprudência a ser fenômeno tão comum atualmente no Brasil. Na medida em que o Poder Judiciário está autorizado a exercer o controle de constitucionalidade de leis com base em prescrições constitucionais de conteúdo semântico impreciso, a possibilidade de dissenso entre o entendimento do Judiciário e o do Legislativo acerca do real conteúdo das cláusulas constitucionais é bastante evidente. O crescimento do papel do Poder Judiciário no processo de definição do direito conduz à decorrência lógica do aumento significativo da importância dos precedentes judiciais. Mesmo nos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição do *civil law*, como no caso brasileiro, o reconhecimento de efeitos vinculantes e gerais às decisões dos tribunais (especialmente do STF em matéria constitucional) é cada vez maior⁴.

O estudo do tema proposto também pode constituir excelente oportunidade para que se examinem criticamente os julgados emanados dos tribunais. É intuitivo pensar que uma das causas das freqüentes correções legislativas pode ser o descompasso entre os critérios de argumentação utilizados pelo Judiciário

e os considerados relevantes pelo Legislativo. Tal constatação pode propiciar ao Judiciário uma autocrítica de suas decisões, de forma a possibilitar até mesmo a absorção de alguns dos parâmetros adotados pelos outros poderes na interpretação constitucional, o que poderia reduzir o número de correções legislativas, evitando possíveis desgastes institucionais entre os Poderes.

Isto pode ser observado com facilidade no direito tributário brasileiro. É inegável que boa parte da jurisprudência brasileira continua apegada, de forma exagerada, aos postulados positivistas na interpretação do direito tributário. Certamente, uma das causas do grande número de correções legislativas da jurisprudência em matéria tributária é a adoção desses parâmetros por significativa parte da jurisprudência. As constantes correções legislativas podem levar o Judiciário à reavaliação de seus critérios argumentativos tradicionais para incorporar critérios novos, mais afinados com a realidade constitucional contemporânea. Neste ponto, o estudo do tema pode dar importante contribuição para a análise dos motivos que levam a experiência constitucional brasileira recente a ser marcada por tão significativo número de emendas constitucionais, especialmente na seara tributária.

A abordagem do tema deve partir da tensão que ocorre no núcleo do fenômeno da correção legislativa da jurisprudência entre duas ideias centrais: a supremacia judicial e a legitimidade do Poder Legislativo como intérprete da Constituição. Nos últimos anos, registraram-se intensas críticas à *judicial review*, ora adotando um viés ligado ao aspecto de legitimidade democrática, ora concentrando forças na questão relativa à capacidade institucional do Poder Judiciário. No constitucionalismo contemporâneo, é marcante o surgimento da teoria do diálogo constitucional, que pretende oferecer uma espécie de caminho intermediário entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa na interpretação constitucional.

Posteriormente, nosso intuito será estudar a importância do fenômeno da correção legislativa da jurisprudência no âmbito do direito constitucional tributário brasileiro, examinando em detalhes algumas hipóteses concretas de emendas constitucionais corretivas nesta seara.

II. A supremacia judicial na doutrina norte-americana

Uma das defesas mais contundentes da ideia da supremacia judicial foi realizada por Frederick Schauer e Larry Alexander, em artigo de 1997⁵ no qual abordam a questão relativa à obrigatoriedade ou não de os outros poderes do Estado obedecerem à interpretação da Constituição fixada pela Suprema Corte.

⁵ Frederick Schauer & Larry Alexander, On extrajudicial constitutional interpretation, *Harvard Law Review* 110, 1997, p. 1.359-87.

² Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 447-8.

³ Cíntia Guimarães Morgado, Correção legislativa no sistema de freios e contrapesos, *XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 8 out. 2007: “A correção legislativa foi um novo meio encontrado de ingerência do Legislativo sobre o Judiciário, pois tem como objetivo o controle de um sobre o outro, ajustando as incorreções e equívocos do último”.

⁴ Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, 2008, p. 60: “Constata-se, assim, que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, lhe confere efeitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis”.

Adotando como ponto de partida a decisão da Corte em *Cooper vs. Aaron*⁶, na qual foi afirmada a obrigatoriedade de os poderes obedecerem à Constituição tal como interpretada pela Suprema Corte, os autores defendem a tese de que a supremacia judicial deve ser observada, pois a solução de temas controvertidos na sociedade constitui escopo fundamental do próprio ideal constitucionalista. Para que tal escopo seja atingido, é preciso atribuir a um único agente a autoridade de intérprete final da Constituição. E no caso norte-americano, a Suprema Corte reúne as melhores condições para desempenhar tal papel.

A supremacia judicial da Suprema Corte implica o dever de obediência às suas decisões pelos demais poderes, ainda que os agentes desses poderes considerem que a decisão judicial está equivocada. Os autores deixam evidente que a defesa da supremacia judicial é baseada não na suposição de que as decisões da Suprema Corte em matéria constitucional estariam sempre corretas, mas sim no fato de que, para a manutenção da estabilidade institucional, é importante que os demais poderes obedeçam a tais decisões ainda que as considerem equivocadas.

Frederick Schauer, em artigo publicado em 2004⁷, retoma o tema da justificativa da supremacia judicial. Embora não haja mudança em relação à postura de defesa da referida supremacia, percebe-se no citado trabalho um esforço maior de conciliar tal doutrina com as críticas relativas ao eventual déficit de legitimidade democrática passível de surgir em decorrência de sua adoção em termos mais rigorosos. O autor expõe a ideia de que a Constituição não é o mais importante local de decisão da maior parte das questões políticas de uma sociedade. Schauer aduz que a visão comum de alguns autores, que enxergam na Constituição norte-americana o repositório de todos os anseios e aspirações do povo, produz campo fértil para o florescimento do ceticismo em relação à doutrina da supremacia judicial. Isto porque, se a Constituição é tão abrangente na vida política, deixar a juízes não eleitos o poder de decidir os conteúdos constitucionais em detrimento das maiorias democráticas é motivo justo de preocupação⁸.

A visão que Schauer defende é a da Constituição modesta. Embora trace algumas estruturas básicas do governo e traga regras de procedimento que buscam delinear a forma como o governo deve funcionar, a Constituição norte-americana diz pouco acerca de quais decisões substantivas o governo deve adotar, decisões essas que devem ser adotadas em ambientes de maior representação

popular. Não se pretende que a Constituição modesta seja o centro de todo o debate acerca de determinada política pública. A supremacia judicial que afirma o significado das cláusulas constitucionais acaba sendo concentrada apenas em algumas tarefas tradicionais das normas constitucionais, como a proteção de minorias políticas. Vista de tal forma, a supremacia judicial não aparece como tão ameaçadora do ideal de que uma sociedade deve ser guiada prioritariamente pelos governantes eleitos⁹. Em suma, o que Schauer preconiza é, em suas próprias palavras, que a ambição da Constituição modesta é ser "restrita em escopo, mas intensa em força"¹⁰.

Outro caminho muito utilizado para justificar a tese da supremacia judicial relaciona-se à ideia de que o Poder Judiciário seria o mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais em face das maiorias políticas conjunturais. A noção principal que permeia tal raciocínio é a de que somente uma instituição externa ao processo político ordinário teria possibilidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais contra os excessos de tal processo.

A obra de Ronald Dworkin é exemplo emblemático de tal doutrina. Sua teoria acerca das relações entre a soberania popular e os direitos fundamentais pode ser mais bem estudada a partir da compreensão que o autor formula acerca do próprio conceito de democracia. Dworkin rejeita a noção de que a democracia deve ser compreendida apenas em razão da premissa majoritária, ou seja, a premissa de que as decisões políticas a serem respeitadas devem ser as adotadas pela maioria dos cidadãos. O filósofo norte-americano defende uma concepção de democracia que chamou de "concepção constitucional de democracia"¹¹, pela qual as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito¹².

Nessa linha de raciocínio, é bastante importante destacar a distinção estabelecida por Dworkin entre argumento de princípio e argumento de política (*policy*). O primeiro está ligado à esfera dos direitos fundamentais, sendo uma exigência de justiça e de equidade que deve ser obedecida independentemente de considerações de ordem econômica e política. O segundo busca estabelecer um tipo de padrão com o intuito de alcançar a melhoria econômica, política ou social de alguma comunidade¹³. A distinção é fundamental para ressaltar o fato

⁹ Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92, 2004, p. 1.066.

¹⁰ Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92, 2004, p. 1.067.

¹¹ Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, 2006, p. 48-9. Trad. Marcelo Brandão Cipolla.

¹² Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, 2006, p. 26. Trad. Marcelo Brandão Cipolla.

¹³ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 36. Trad. Nelson Boeira.

⁶ 358 U.S. 1 (1958).

⁷ Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92, 2004, p. 1.045-67.

⁸ Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92, 2004, p. 1.064.

de que a defesa da supremacia judicial advogada por Dworkin se realiza em relação aos argumentos de princípio, ou seja, aos direitos fundamentais, e não relativamente aos argumentos de *policies*, pois nesta hipótese a esfera legislativa se afigura como mais legitimada para sua definição.

Com base nessas premissas, Dworkin rejeita as críticas de que a supremacia judicial decorrente do controle da constitucionalidade das leis seria antidemocrática, pois, pelo menos em relação a determinadas questões, ligadas notadamente à proteção de direitos fundamentais que promovessem igual consideração e respeito a todos os cidadãos, o Judiciário seria mais adequado para tutelar esses valores do que o Legislativo¹⁴, e, desta forma, seria competente para invalidar decisões adotadas pelas maiorias eventuais que rompessem com o defendido conceito constitucional de democracia.

II.1. Críticas de ordem democrática à supremacia judicial

Desde o início da afirmação da *judicial review* na história constitucional norte-americana, a legitimidade do exercício de tal prerrogativa pelo Poder Judiciário sempre foi objeto de intensos questionamentos relacionados especialmente à compatibilidade do exercício de tal poder com a democracia. O problema foi muito bem sintetizado pela célebre expressão "dificuldade contramajoritária" da jurisdição constitucional, formulada por Alexander Bickel em 1963¹⁵. A questão básica consiste em se determinar até que ponto a decisão adotada por juízes de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei aprovada por um parlamento eleito pode se legitimar em uma sociedade democrática. A discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional constitui, na exata expressão de Barry Friedman, verdadeira "obsessão acadêmica"¹⁶ no direito norte-americano. A doutrina sobre o tema é certamente inabarcável, e sua análise mais detalhada ou a tentativa de classificação das diversas correntes acerca do tema fugiria completamente do escopo do presente trabalho.

Por ora, nosso interesse circunscreve-se à análise de uma teoria que possa estabelecer um contraponto mais evidente à doutrina da supremacia judicial, mencionada anteriormente, a qual mantém íntima ligação com a ideia da correção legislativa da jurisprudência. Para tal finalidade, entendemos ser oportuna a análise do constitucionalismo popular norte-americano, que pode desde já ser caracterizado como o principal oponente da doutrina da supremacia judicial.

A tese central do movimento do constitucionalismo popular norte-ameri-

cano desafia o eixo da doutrina da supremacia judicial na interpretação constitucional, que atribui à Suprema Corte o papel de árbitro mais qualificado nas questões constitucionais. Para o constitucionalismo popular, o intérprete mais legitimado como responsável pela definição dos conteúdos da Constituição é o próprio povo, que exerce suas preferências por intermédio das instâncias representativas da democracia. Duas obras fundamentais marcaram a clarificação dos contornos do constitucionalismo popular: *Taking the Constitution Away from the Courts*¹⁷, de Mark Tushnet, e *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*¹⁸, de Larry Kramer.

A ideia central da obra de Tushnet é a defesa da tese de que a *judicial review* produz tantos malefícios para a democracia norte-americana que o melhor caminho a ser adotado seria a sua extinção. Mesmo em se tratando da proteção de direitos fundamentais, em que a *judicial review* costuma ser apontada como o melhor caminho para essa tutela, Tushnet sustenta a tese de que a *judicial review* seria desnecessária, pois a própria estrutura da Constituição norte-americana já ensejaria a proteção dos direitos e desencorajaria a possibilidade de prevalecimento da vontade tirana de uma maioria em detrimento de setores minoritários¹⁹.

Um dos principais malefícios que a *judicial review* produziria seria impedir o florescimento, na população em geral e nas instituições democráticas, de um sentimento de responsabilidade na interpretação dos dispositivos constitucionais²⁰. Nessa linha de raciocínio, para Tushnet, a abolição da *judicial review* forçaria os legisladores e o Poder Executivo a considerarem de forma mais criteriosa e responsável os aspectos constitucionais no processo legislativo, pois eles já não poderiam delegar aos tribunais a palavra final acerca da interpretação constitucional, especialmente nas questões mais controversas, nas quais a adoção de uma posição mais clara poderia gerar ônus político ao representante popular.

Larry Kramer também defende a noção de que a última palavra da interpretação dos dispositivos constitucionais deve caber necessariamente ao povo. Kramer procura marcar ao longo de toda a sua obra a importante distinção a ser feita entre as noções de *judicial review* — o poder judicial de declarar a inconstitucionalidade das leis — e a supremacia judicial — que importa no reconhecimento de que os juízes seriam os intérpretes finais da Constituição²¹. A partir de profunda investigação histórica que alcança os primórdios da formação do cons-

17 Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999.

18 Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004.

19 Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999, p. 96-9.

20 Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999, p. 174.

21 Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004. O próprio epílogo do livro é denominado "*judicial review without judicial supremacy*", o que reforça o desejo de distinguir entre as duas ideias.

14 Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, 2006, p. 53. Trad. Marcelo Brandão Cipolla.

15 Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986.

16 Barry Friedman, *The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty*, part five, *Yale Law Journal* 2, v. 112, 2002, p. 153-259.

titucionalismo norte-americano, Kramer sustenta a tese de que a doutrina da supremacia judicial não encontraria respaldo, pois teria prevalecido, desde a formação do país, exatamente a premissa central do constitucionalismo popular, que é a noção de que as decisões finais acerca dos conteúdos constitucionais devem ser reservadas ao povo.

No que se refere a Mark Tushnet, seus trabalhos subseqüentes ao acima comentado levam à conclusão de que sua postura inicial de marcada aversão à *judicial review* foi significativamente modificada. Recentemente, Tushnet passou a concentrar seus esforços doutrinários na tentativa de desenvolver formas alternativas de jurisdição constitucional. Em oposição ao sistema da *judicial review* denominado forte, que vigoraria nos Estados Unidos, é apresentada a ideia de um sistema de *judicial review* fraco, no qual, embora o Poder Judiciário mantivesse a possibilidade de invalidar leis por vício de inconstitucionalidade, seria atribuída às maiorias legislativas ordinárias a possibilidade de reverter em tempo relativamente curto os entendimentos da Suprema Corte em matéria constitucional²².

Além disso, Tushnet procurou demonstrar que a interpretação constitucional típica da jurisdição constitucional pode ser desempenhada com relativo sucesso por intermédio de instâncias não-judiciais, ligadas ao Executivo e ao Legislativo, que poderiam produzir decisões acerca da interpretação de dispositivos constitucionais suscetíveis de atingir razoável consenso na sociedade sem necessidade da participação do Judiciário²³. Em livro de 2008²⁴, Tushnet procura consolidar as ideias desenvolvidas nos trabalhos anteriores. Assentada a tese de que a *judicial review* pode causar atritos com o governo democrático, considerando especialmente a circunstância de que os termos da Constituição são adotados com elevado grau de abstração, Tushnet busca responder à questão de saber por qual razão a interpretação que o Judiciário confere a determinado dispositivo deve prevalecer sobre a interpretação a ele conferida pelo Legislativo, se ambas se apresentam como razoáveis.

II.2. Críticas de ordem institucional à supremacia judicial

A *judicial review* — e, por derivação, a doutrina da supremacia judicial — tem sofrido nos últimos tempos críticas que concentram seus argumentos não na questão democrática, já de longa data debatida pela doutrina norte-americana,

²² Mark Tushnet, *Alternative forms of judicial review*, *Michigan Law Review* 9, 2003, p. 2.781-802.

²³ Mark Tushnet, *Non-judicial review*, *Harvard Journal on Legislation* 40, 2003, p. 453-92.

²⁴ Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008. Nesse trabalho, o autor desenvolve ideias já ventiladas em oportunidade anterior: Mark Tushnet, *Interpretation in legislatures and courts: incentives and institutional design*. In: Richard W. Bauman & Tsvi Kahana (eds.), *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*, 2006, p. 468-79.

mas sim em aspectos ligados ao próprio caráter institucional do Poder Judiciário e à sua relação com os demais poderes.

Nessa linha, há o artigo verdadeiramente paradigmático de Cass Sunstein e Adrian Vermeule²⁵, que advertem para a circunstância de que as diversas teorias formuladas acerca da interpretação das leis em geral e da Constituição frequentemente ignoram aspectos e eventuais limitações de ordem institucional, que se manifestam não apenas em relação ao órgão que promove a interpretação (como o Judiciário), mas também no referente à relação dinâmica entre os poderes e aos efeitos sistêmicos que tal interpretação pode ocasionar²⁶. Uma das consequências da desconsideração do aspecto institucional na atividade de interpretação consiste em produzir uma visão idealizada do intérprete — especialmente o juiz — que não corresponde às limitações reais que o juiz pode revelar no caso concreto²⁷. Desta forma, para Sunstein e Vermeule, qualquer teoria de interpretação do direito deve considerar o aspecto da capacidade institucional e os efeitos dinâmicos da interpretação, sob pena de ser incompleta²⁸.

Para efeito da análise do tema em exame — correção legislativa da jurisprudência — é de grande relevo mencionar a tese desenvolvida por esses autores acerca da influência dos aspectos institucionais na determinação da chamada *first-best theory*, ou seja, a teoria escolhida pelo intérprete como a melhor para a solução da questão a ser interpretada.

Sunstein e Vermeule sustentam que os problemas de ordem interpretativa não podem ser solucionados somente a partir da escolha espontânea, pelo intérprete, da melhor teoria, pois as considerações de ordem institucional devem influenciar tal escolha. E em determinadas situações, os aspectos de ordem institucional podem indicar que o melhor caminho seja o intérprete deixar de adotar a melhor teoria em prol de uma teoria de qualidade teoricamente inferior, mas que venha a atender aos aspectos institucionais de forma mais adequada. Muitas vezes, a simples consideração dos aspectos institucionais já poderia ser suficiente para decidir o caso em debate, sem que seja necessário escolher a teoria interpretativa subjacente, pois pessoas de correntes teóricas distintas poderiam concordar com a solução adotada apenas por força dos argumentos de ordem institucional²⁹.

²⁵ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 885-951.

²⁶ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 950-1.

²⁷ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 904.

²⁸ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 888.

²⁹ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 904.

Um dos exemplos fornecidos por Sunstein e Vermeule de aplicação de tal raciocínio ocorreria exatamente nas hipóteses de interpretações judiciais que no futuro poderiam gerar correções legislativas. A questão levantada pelos autores é relativa à possibilidade de que investigações empíricas buscassem responder se determinada decisão judicial que adotasse uma perspectiva formalista e produzisse resultado manifestamente equivocada seria corrigida pelo Poder Legislativo ou não, e quais seriam os custos³⁰ dessa atividade legislativa.

III. A teoria do diálogo constitucional

As razões anteriormente expostas demonstram que a adoção da supremacia judicial não significa a assunção da ideia de que o processo de atuação judicial de interpretação da Constituição na *judicial review* sufocaria por completo o poder das maiorias democráticas de condução das políticas de um país. Da mesma forma, as críticas à supremacia judicial, embora ressaltem o papel do Poder Legislativo como intérprete legitimado (ou o mais legitimado) da Constituição, ou, ainda, apontem limitações de ordem institucional à atividade judicial, não resultam necessariamente no completo afastamento das instâncias judiciais do processo de interpretação constitucional.

Tais conclusões levam à possibilidade de se investir no desenvolvimento de uma teoria que ofereça uma espécie de *terceira via* à doutrina da separação judicial e à doutrina da prevalência do Legislativo em matéria de interpretação constitucional. No constitucionalismo contemporâneo, a teoria do diálogo constitucional parece ser a melhor alternativa capaz de atingir tal objetivo.

Conforme destaca Sthéphane Bernatchez, a teoria do diálogo constitucional pode ser considerada a principal contribuição canadense ao debate mundial acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional³¹. O marco do desenvolvimento da teoria do diálogo constitucional no Canadá costuma ser considerado a publicação, em 1997, de um artigo de Peter W. Hogg e Allison Bushell³² que tinha como escopo analisar as implicações da *judicial review* em

³⁰ Neste ponto, vale salientar a pertinente observação de Vanice Lírio do Valle de que o termo "custo" no contexto não se refere necessariamente ao custo financeiro, mas sim ao custo da própria correção legislativa empreendida pelo Congresso: "A referência a custo — expressão que normalmente determina um recuo de suspeita em relação aos estudiosos do Direito — em verdade se dá em uma dimensão maior do que o custo financeiro, compreendendo em verdade o custo social decorrente de uma eventual futura intervenção corretiva de parte do Legislativo, por exemplo, para superar (pela edição de lei nova) um equívoco jurisprudencial de construção exegética, ou ainda, o custo também social da provocação de um dissenso no seio da sociedade tendo em consideração uma decisão afastada dos anseios ou princípios retóricos, ou consensuados nessa mesma coletividade" (Vanice Lírio do Valle, *Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos separation of power games*. In: Fernanda Duarte e José Ribas Vieira (orgs.), *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*, 2005, nota 167 — grifo nosso).

³¹ Sthéphane Bernatchez, *Juger les lois: la légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*, 2006, p. 26. Tese de Doutorado em Direito.

³² Peter W. Hogg, Allison A. Bushell, *The charter dialogue between courts and legislatures: or*

relação aos dispositivos contidos na denominada *Charter of Rights*, promulgada em 1982, que continha a declaração de direitos fundamentais daquele país.

Nesse estudo, foi desenvolvida a ideia de que a *judicial review* exercida com fulcro nas disposições da *Charter* estaria legitimada. Destacou-se que, em diversas decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis que teriam violado a *Charter*, os julgados da Suprema Corte deixavam espaços para que o Poder Legislativo editasse novas leis visando ao atingimento da política pretendida pela lei considerada inconstitucional. Tal circunstância propiciava o estabelecimento de diálogo entre Legislativo e Judiciário acerca da melhor forma de adaptar a política pretendida aos direitos consagrados na *Charter*³³. Uma das conclusões mais relevantes dessa tese é a de que o Judiciário não teria necessariamente a última palavra em matéria de interpretação constitucional, pois integraria, juntamente com as casas legislativas, um diálogo público com o escopo de definir a melhor forma de compatibilizar as políticas pretendidas pelo Governo com os direitos garantidos pela *Charter*, havendo espaço, portanto, para que o Legislativo editasse novas leis com o intuito de superar a decisão judicial³⁴.

A metáfora do diálogo constitucional foi referida expressamente em alguns julgados pela Suprema Corte do Canadá, tais como *Vriend vs. Alberta*³⁵ e *Bell Express Vu Limite Partnership vs. Rex*³⁶. Em *R. vs. Mills*³⁷, a Suprema Corte utilizou a doutrina do diálogo constitucional para reconhecer a validade de lei que contrariava parâmetros adotados pela própria Corte em precedente anterior (*R. vs. O'Connor*³⁸).

É certo que, na própria doutrina canadense, a teoria do diálogo constitucional sofre críticas. Nesta linha, Luc Tremblay defende a tese de que a relação entre o Poder Judiciário e o Parlamento não pode ser entendida como autêntico diálogo, pois os juízes necessariamente precisam formular suas decisões com base em suas próprias convicções, e não com base na deferência a outros órgãos do Governo, como o Parlamento. Disso resulta que a interpretação final dos dispositivos constitucionais necessariamente caberá aos juízes³⁹. Crítica seme-

perhaps the charter isn't such a bad thing after all, *Osgoode Hall Law Journal* 1, v. 35, 1997, p. 75-124.

³³ Peter W. Hogg, Allison A. Bushell, *The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn't such a bad thing after all*, *Osgoode Hall Law Journal* 1, v. 35, 1997, p. 101.

³⁴ Luc B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*, *International Journal of Constitutional Law* 4, v. 3, 2005, p. 617; e Jean Leclair, *Judicial review in Canadian constitutional law: a brief overview*, *The George Washington International Law Review* 3, v. 36, 2004, p. 548.

³⁵ 1. S.C.R. 493 (1998)

³⁶ 2. S.C.R. 559 (2002)

³⁷ 3. S.C.R. 668 (1999)

³⁸ 4. S.C.R. 411 (1995)

³⁹ Luc B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and*

lhante é formulada por Jean Leclair, que entende ser a doutrina do diálogo, tal como proposta pela Suprema Corte do Canadá, dificilmente compatível com a noção de separação de poderes, que, em benefício da proteção da liberdade dos cidadãos, estaria baseada muito mais na ideia de *oposição* entre os poderes do que no ideal de *cooperação* característico da teoria do diálogo⁴⁰.

No cenário norte-americano, a expressão "diálogo constitucional" começou a ganhar destaque com Louis Fisher. Em obra publicada em 1988⁴¹, o autor desenvolve a ideia de que a interpretação constitucional não é responsabilidade apenas dos juízes da Suprema Corte norte-americana, mas sim um processo político que envolve também os demais poderes do Estado e o público em geral⁴². Em trabalho mais recente, Fisher ratifica tal teoria, mencionando que na própria obra clássica de Bickel já seria possível vislumbrar a defesa de um perfil da jurisdição constitucional mais aberto ao diálogo com os outros poderes⁴³. Fisher critica explicitamente a ideia — adotada por Schauer e Alexander no artigo já mencionado no presente estudo⁴⁴ — de que a supremacia judicial seria um método de assegurar a estabilidade na interpretação constitucional, pois a história demonstra que o fato de a Suprema Corte ter decidido determinado tema não o retira do âmbito do debate político nacional. Na verdade, a estabilidade da interpretação dos dispositivos constitucionais só seria realmente assegurada por meio de um processo de interpretação compartilhada entre os poderes.

A doutrina da supremacia judicial, de acordo com Fisher, teria sido encorajada por posturas adotadas pelo próprio Congresso, que, nas últimas décadas, teria de certa forma incorporado erroneamente a ideia de que a Suprema Corte teria a última palavra em matéria constitucional, de forma que apenas nas matérias de âmbito infraconstitucional o Congresso poderia atuar de maneira mais independente. Desta forma, haveria certa divisão de tarefas, de modo que os assuntos constitucionais teriam sua resolução definitiva no âmbito da Suprema Corte, enquanto os assuntos legais seriam resolvidos no Poder Legislativo.

legislatures, *International Journal of Constitutional Law* 4, v. 3, 2005, p. 636.

40 Jean Leclair, *Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien*. *Revue du Barreau*, 2003, p. 377-420.

41 Louis Fisher, *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, 1988.

42 Katy J. Harriger, *Cues and miscues in the constitutional dialogues*, *The Review of Politics* 3, v. 60, 1998, p. 497. Em trabalho mais recente, Louis Fisher ratifica a ideia de que a interpretação dos termos constitucionais é um processo continuado que envolve os diversos atores políticos do país, buscando desconstruir a noção de que os significados da Constituição são o resultado apenas dos pronunciamentos judiciais (Louis Fisher, *Judicial finality or an ongoing colloquy?* In: Mark C. Miller & Jeb Barnes (eds.), *Making policy, making law: an interbranch perspective*, 2004, p. 153-69.

43 Louis Fisher, *Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says*, *Extensions*, 2008.

44 Frederick Schauer & Larry Alexander, *On extrajudicial constitutional interpretation*, *Harvard Law Review* 110, 1997.

Fisher afirma que a história constitucional norte-americana não autoriza ou endossa tal divisão artificial de tarefas.

Outro autor norte-americano que desenvolveu a ideia de diálogo para a compreensão do processo de interpretação constitucional foi Barry Friedman⁴⁵. Buscando superar recorrentes questionamentos acerca da legitimidade democrática da *judicial review*, ele advoga a noção de que a interpretação dos dispositivos constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, também deve ser desenvolvida por intermédio de contínuo diálogo entre os três poderes. Nesse processo de diálogo, a Suprema Corte desfruta de uma posição de importância (especialmente como incentivadora do diálogo), mas não de exclusividade. A Corte não funciona como mero órgão que declara direitos, mas sim como um integrante do diálogo público com outros poderes em contínuo processo de definição e redefinição dos direitos. Friedman rejeita a ideia de que a teoria do diálogo constitucional, ao reconhecer que a Suprema Corte seria apenas mais uma das parceiras do diálogo, conduziria ao perigo de que a Corte pudesse adotar decisões sem qualquer tipo de limite. Na verdade, para Friedman, o reconhecimento de que o juiz opera *dentro* do sistema do diálogo constitucional (do qual outros atores também participam) já impõe, por natureza, limites à sua atuação, pois reconhece que a atividade da *judicial review* é exercida dentro de um sistema político, e não de forma destacada do mesmo.

A ideia do diálogo constitucional também produziu ecos importantes em trabalhos recentes da ciência política norte-americana, nos quais foram destacadas as interações contínuas entre os poderes em matérias de ordem constitucional, bem como em temas infraconstitucionais. Nessa linha, destaca-se a doutrina de Jeb Barnes, que, a partir de uma nova leitura da visão tradicional da separação de poderes, introduz a noção de que as definições sobre os diversos temas em debate na seara política decorrem de um processo de interação entre os poderes⁴⁶. O próprio sistema de freios e contrapesos que caracteriza a separação de poderes na Constituição americana já demonstra a disposição de que o poder de definição sobre a forma de regular determinado tema não seja adjudicado a um único poder, mas sim dividido entre os vários poderes, que devem interagir de forma contínua⁴⁷.

IV. Correção legislativa da jurisprudência e supremacia judicial no Direito Constitucional Brasileiro

45 Barry Friedman, *Dialogue and judicial review*, *Michigan Law Review* 4, v. 91, 1993, p. 577-62.

46 Jeb Barnes, *Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine*. In: Mark C. Miller and Jeb Barnes (eds.), *Making policy, making law: an interbranch perspective*, 2004, p. 35-50.

47 Jeb Barnes, *Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine*. In: Mark C. Miller and Jeb Barnes (eds.), *Making policy, making law: an interbranch perspective*, 2004, p. 47.

A ideia do reconhecimento da força normativa da Constituição se tornou indiscutivelmente vitoriosa no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da CRFB/1988. Ademais, desde o início de sua vigência, a jurisdição constitucional foi vista pela doutrina brasileira como o principal caminho que garantiria a consagração do postulado da supremacia da Constituição, sendo inegável o sensível incremento da jurisdição constitucional nos anos de vigência da nova Carta. Verifica-se, portanto, que, a partir da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a teoria da supremacia judicial na interpretação da Constituição surgiu como uma espécie de decorrência natural da combinação entre as noções de força normativa da Constituição e de jurisdição constitucional.

O próprio texto positivo da CRFB/1988 fornece embasamento para a doutrina da supremacia judicial, ao estabelecer no art. 102, *caput*, que ao STF cabe, "precipualemente, a guarda da Constituição"; da mesma forma, a alínea "a" do mesmo dispositivo consagra a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis.

Todavia, afirmar que o direito constitucional brasileiro consagra a doutrina da supremacia judicial não significa, por óbvio, concluir que o Poder Legislativo não seja também legitimado para empreender a interpretação da Constituição. O reconhecimento do Poder Legislativo como intérprete legitimado da Constituição constitui, como é intuitivo, um passo lógico para o reconhecimento, no direito brasileiro, da legitimidade da própria correção legislativa da jurisprudência, que nada mais é do que um exercício interpretativo produzido pelo Legislativo em oposição ao entendimento judicial.

No direito constitucional brasileiro, são variados os caminhos que justificam a legitimidade do Poder Legislativo como intérprete constitucional. A importância do papel do Legislativo como intérprete da Constituição ganha especial relevo em virtude do caráter nitidamente compromissório do texto da CRFB/1988, que procurou conciliar ideologias e projetos diversos e transferiu para o legislador futuro, de forma explícita ou não, significativa parcela do trabalho de densificação das normas constitucionais.

É de interesse notar que na própria elaboração da teoria da Constituição dirigente por Canotilho, que exerceu enorme influência na elaboração da CRFB/1988 e na doutrina brasileira subsequente à sua promulgação, o papel do legislador foi bastante destacado, sendo tema central da teoria a necessidade de o Legislativo adotar providências no sentido de dar cumprimento aos comandos constitucionais⁴⁸. Para desempenhar essa tarefa, é evidente que o legislador deve ser considerado como intérprete legitimado da Constituição.

⁴⁸ "Tendo em vista essa concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador e a questão da discricionariedade legislativa" (Gilberto Bercovici, *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.*, *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*, 2003, p. 117).

Ressalte-se que o reconhecimento da legitimidade do Poder Legislativo como intérprete da Constituição compõe o núcleo central de um dos mais relevantes princípios de interpretação constitucional, que é o da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual o Poder Judiciário só deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei se houver manifesta contrariedade ao texto da Carta⁴⁹.

Vale salientar ainda que, no Brasil, há pelo menos dois argumentos de direito constitucional positivo em favor da legitimidade da atividade interpretativa do legislador e, por consequência, da viabilidade da correção legislativa da jurisprudência.

Em primeiro lugar, o art. 102, § 2º da CRFB/1988, ao dispor sobre os destinatários do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade, omite o Poder Legislativo. Desta forma, não há impedimento constitucional no sentido de obstar que o legislador edite norma de conteúdo idêntico ou similar a ato normativo outrora declarado inconstitucional. Em sentido semelhante, o art. 103-A da CRFB/1988, incluído pela EC nº 45/2004, também não incluiu o Poder Legislativo no rol de destinatários da súmula vinculante formulada pelo STF. Desta forma, não há óbice constitucional a que o legislador edite ato normativo em sentido contrário ao entendimento consubstanciado na súmula.

O outro fator que ratifica a legitimidade do Poder Legislativo para exercer o papel de intérprete da Constituição consiste no fato de ser visível no constitucionalismo brasileiro o papel destacado do Executivo na formação da agenda das matérias em discussão no Legislativo. Assim, em muitas ocasiões, uma correção legislativa de jurisprudência pode representar o resultado do esforço conjunto entre dois poderes do Estado que dispõem de legitimidade popular, circunstância que inegavelmente amplifica a legitimidade democrática da medida legislativa.

Em relação à possibilidade de serem editadas correções legislativas com o intuito de superar entendimentos jurisprudenciais acerca de dispositivos constitucionais, parece não haver dúvida razoável na doutrina⁵⁰. As divergências podem surgir em relação aos limites de atuação legítima do Poder Legislativo na utilização do instrumento em estudo.

Fator importante que propicia a expansão da correção legislativa é o ca-

⁴⁹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 177.

⁵⁰ Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2008, p. 74; "Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos)".

ráter excessivamente detalhista da CRFB/1988. Tratando o texto constitucional, com riqueza de detalhes, de dispositivos referentes a temas variados, muitas vezes relacionados a assuntos típicos da política ordinária, a implementação de determinadas políticas pode depender da superação de determinado entendimento jurisprudencial por meio de emendas à Constituição. Para comprovar tal afirmativa, basta observar que boa parte das emendas à Constituição que continuam em seu bojo correções legislativas, tais como as referentes a servidor público e sistema tributário, foram relacionadas a matérias reguladas com riqueza de detalhes pela CRFB/1988⁵¹.

Muito embora haja na doutrina brasileira propostas de desconstitucionalização de alguns temas constitucionais como forma de reduzir os problemas de viés democrático trazidos pelo texto analítico da Constituição⁵², é relevante acentuar que os aportes da ciência política brasileira dão conta de que há forte tendência no sentido de manutenção do caráter detalhista do texto constitucional, pois as propostas de desconstitucionalização encontram sérias resistências políticas no Congresso Nacional. Neste sentido, propostas de desconstitucionalização de alguns temas advogados por parcela da doutrina brasileira, mesmo que, em tese, sejam vantajosas, encontrariam, do ponto de vista do desenho constitucional brasileiro, limitações de ordem política⁵³.

O cuidado com o aspecto democrático, mesmo em um ambiente marcado pela supremacia judicial como a jurisdição constitucional brasileira atual, justifica-se até mesmo levando-se em consideração os temperamentos que os autores norte-americanos citados articularam em relação à própria doutrina da supremacia judicial. Desta forma, como já mencionado, Schauer explicitou que sua defesa da supremacia judicial não trazia grandes questionamentos de ordem democrática, pois estaria baseada em um conceito de Constituição modesta, que contivesse apenas regras gerais de procedimento para que as majorias demo-

cráticas adotassem as decisões substantivas (na linha da Constituição norte-americana) — ou seja, sem o pressuposto de que a Constituição seria o local de determinação de todos os temas políticos em debate na sociedade.

Ora, diversas qualificações podem ser utilizadas para a CRFB/1988, mas, certamente, “modesta” não é uma delas. Trata-se de típica Constituição dirigente, que traz regras detalhadas de ordem substantiva sobre os temas mais relevantes do país. Desta forma, se a supremacia judicial no Brasil não é exercida nem de longe em ambiente de “Constituição modesta”, não é difícil concluir que as críticas de cunho democrático ao exercício da jurisdição constitucional no País são facilmente potencializadas e devem ser rigorosamente consideradas⁵⁴.

Cumpra, todavia, deixar claro que a defesa da condição do Poder Legislativo como intérprete legitimado da Constituição no direito brasileiro independe do juízo de valor que se possa fazer em relação ao grau de legitimidade democrática real de que o Legislativo possa desfrutar atualmente no País. Em outros termos, não se está afirmando que o papel de relevância à interpretação constitucional realizada pelo Legislativo deva ser reconhecido em virtude de sua suposta aptidão em traduzir limpidamente os reais anseios populares e em desenvolver o projeto constitucional de 1988. As evidentes mazelas do atual sistema político e eleitoral pátrio são bastante conhecidas e não precisam ser detalhadas no presente trabalho, mas, inegavelmente, elas reduzem a legitimidade real do Poder Legislativo brasileiro junto à sociedade⁵⁵.

Neste ponto, deve-se ter bastante cuidado ao procurar importar para o Brasil algumas críticas democráticas manifestadas pela doutrina do constitucionalismo popular norte-americano. Uma das ideias básicas que suportam as teorias de tal corrente doutrinária é justamente a existência do sentimento de respeito à Constituição, que teria nascido desde os primórdios da construção daquele país (conforme procura ressaltar, com riqueza de dados históricos, Larry Kramer) e estaria de certo modo impregnado na sociedade norte-americana e, por consequência, também no sistema político e parlamentar; assim, a intervenção excessiva do Poder Judiciário nesse processo seria injustificada⁵⁶. Desta forma,

51 Daniel Sarmiento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, 2006, p. 181: “Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo”.

52 Daniel Sarmiento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, 2006, p. 189: “Agora, do ponto de vista do design institucional do país, não temos dúvida de que a Constituição realmente precisa de uma ‘lipoaspiração’. Mas que fique claro: a gordura constitucional que, na nossa opinião, deve ser extirpada, nada tem a ver com os compromissos substantivos da Carta de 1988 com a justiça social e a igualdade material”.

53 Neste sentido, analisando especialmente as reformas constitucionais empreendidas nos governos de Fernando Henrique Cardoso e Marcus André Melo, *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*, 2002, p. 186: “As evidências discutidas demonstram que a primeira hipótese de trabalho levantada neste trabalho é amplamente confirmada: as reformas que implicaram desconstitucionalização de dispositivos constitucionais encontram forte resistência devido à falta de credibilidade das promessas de introduzir modificações por via de legislação ordinária e complementar. Isso se deve, conforme discutido, ao fato de que essa legislação está sujeita a regras procedimentais menos severas, que garantem ao Executivo ampla preponderância”.

54 Oscar Vilhena Vieira, Supremocracia, *Revista de Direito do Estado* 12, 2008, p. 62: “A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”.

55 José Álvaro Moisés, Cultura política, instituições e democracia, *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 66, v. 23, 2008, p. 36: “Nesse contexto, a análise dos dados aponta para a existência de conexão entre a ambivalência a respeito de valores políticos, a insatisfação com a democracia e a desconfiança de instituições, como partidos e Congresso Nacional. Não deveria surpreender, nessa situação, que o país seja um campeão de baixos índices de identificação partidária, de avaliação negativa do Congresso Nacional e de incapacidade dos eleitores de lembrar-se dos políticos em quem votaram nas últimas eleições”.

56 Daniel Sarmiento, Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Gustavo Binenbojn (orgs.), *Vinte anos da Constituição de 1988*, 2009, p. 320: “Seria pouco realista, por exemplo, adotar no Brasil uma teoria

ainda que o sistema político e eleitoral norte-americano possa também apresentar suas mazelas, é inegável que naquele país a noção de efetividade da Constituição é fenômeno muito mais antigo, praticamente contemporâneo à promulgação da Carta — ou seja, já ultrapassa dois séculos.

No Brasil, a ideia de efetividade da Constituição somente foi consolidada a partir da CRFB/1988; logo, ainda não houve tempo de se firmar entre nós aquele sentimento cultural, difuso na sociedade, de natural respeito à Constituição que acaba contaminando as próprias instâncias de representação popular. Assim, a defesa da legitimidade da atividade interpretativa constitucional do Legislativo pode ser assumida no Brasil por intermédio de um viés *mais pragmático do que idealista*, no sentido de que tal legitimidade seria recomendada pela própria natureza extensiva e detalhista do texto constitucional de 1988. Diante de tal cenário, a assunção de um modelo maximizador da doutrina da supremacia judicial no País traria evidentes prejuízos de ordem democrática, além de desconsiderar as eventuais limitações institucionais do próprio Judiciário.

Em resumo, pode-se afirmar que, no que se refere à interpretação constitucional, a doutrina da supremacia judicial desfruta de amplo amparo doutrinário e no próprio direito positivo brasileiro. Todavia, o desenho constitucional brasileiro fornece variados elementos que consagram o entendimento de que o Legislativo também é um intérprete legitimado da Constituição, tendo inclusive o poder de empreender correções legislativas da jurisprudência, observadas determinadas limitações.

No constitucionalismo brasileiro atual, não se verifica o perigo de uma visão extremada da supremacia do Poder Legislativo na interpretação da Constituição, em vista do alto prestígio que a jurisdição constitucional atingiu no País. Há, todavia, clara possibilidade da adoção de uma visão extremada da supremacia judicial, que pode trazer consequências danosas para a democracia brasileira. Urge, portanto, investigar os caminhos aptos a impedir a consolidação de uma supremacia judicial maximalista no País. E a correção legislativa da jurisprudência parece ser um dos caminhos democraticamente legítimos para cumprir tal escopo.

Como ressaltado, embora a tese da supremacia judicial na interpretação constitucional desfrute de ampla aceitação no direito brasileiro, deve-se evitar uma visão extremada de tal doutrina; dessa forma, deve ser reconhecida ao Poder Legislativo também a função de importante intérprete constitucional, especialmente em razão do caráter analítico do texto constitucional.

como o 'constitucionalismo popular' de autores como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, que enfatizam a 'dignidade da legislação' para postularem a 'retirada da Constituição dos tribunais' e sua devolução ao próprio povo, com base no argumento de que faltaria ao Judiciário a legitimidade democrática para dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. As conhecidas mazelas do nosso Poder Legislativo tornam absolutamente injustificável qualquer confiança excessiva no processo político como meio de garantia da Constituição".

O conjunto de ideias aqui desenvolvidas até o momento aponta, assim, no sentido de buscar uma composição razoável entre as forças interpretativas judiciais e legislativas da Constituição. Para cumprir tal objetivo, a teoria do diálogo constitucional parece realmente sedutora. A ideia central da teoria do diálogo, de que a interpretação constitucional não é fruto da decisão isolada de um poder, mas sim da interação contínua entre os poderes do Estado na busca progressiva da melhor definição dos contornos dos conteúdos constitucionais, parece ser um caminho suscetível de resolver diversos problemas relacionados às visões extremadas de supremacia judicial e supremacia legislativa. Nesta linha, a teoria do diálogo constitucional pode ser encarada como tentativa de solucionar grave problema que advém da adoção extremada de uma das doutrinas — a da supremacia judicial ou a da supremacia parlamentar. Tanto uma como outra podem significar uma idealização de cada um dos poderes que não corresponde à realidade das instituições.

A supremacia judicial poderia ser justificada a partir de uma visão idealizada do Judiciário como o poder permanentemente afastado do ambiente político ordinário e sempre pronto a proteger as minorias contra os rompantes de uma maioria de ocasião. A visão do juiz "hércules" de Dworkin, como agente capaz de sempre encontrar, por intermédio da leitura moral da Constituição, a única solução correta para cada caso, parece simbolizar tal tipo de idealização⁵⁷. Por outro lado, a supremacia legislativa poderia ser justificada também a partir de uma visão romantizada do legislador como a encarnação da vontade popular, na linha rousseauiana, como se os órgãos majoritários sempre manifestassem a vontade popular em sua pureza.

Desta forma, a ideia do diálogo constitucional pode ser justificada como uma decorrência natural da adoção de uma postura de *desencantamento em relação às visões idealizadas do Judiciário e do Legislativo*. Assumindo o fato de que eles apresentam mazelas que maximizam a possibilidade de erros de ambos os lados, a postura do diálogo, ao afirmar que nenhum dos dois poderes tem o dom natural da "melhor interpretação constitucional", procura possibilitar que o erro interpretativo cometido por um seja rediscutido ou corrigido pelo outro, por intermédio de contínua interação em busca da melhor solução constitucional para o caso.

Na ciência política brasileira, não se pode deixar de destacar, para o desenvolvimento do tema em questão, a fundamental contribuição de Conrado

57 Partindo da conhecida metáfora do filósofo belga François Ost acerca dos três modelos de juiz — Júpiter, Hércules e Hermes — o juiz constitucional da teoria do diálogo constitucional estaria, a nosso ver, mais próximo de Hermes. Isto porque Ost caracteriza Hermes como o juiz que reconhece a multiplicidade de atores jurídicos (inclusive o legislador) no processo de interpretação do Direito, renuncia à exclusividade da interpretação e valoriza as soluções consensuais para os conflitos [François Ost e Hercule Jupiter, Hèrmes: trois modèles du juge. In: Pierre Bouretz (org.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, 1993, p. 241-72. Para uma crítica à classificação de François Ost no direito brasileiro, ver Lênio Luiz Streck, *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 2007, p. 337-43].

Hübner Mendes⁵⁸. O autor advoga a tese de que o ideal do diálogo constitucional seria uma alternativa viável para o impasse entre as teorias que defendem a supremacia judicial e a supremacia do parlamento no que se refere à tarefa da definição do conteúdo de direitos fundamentais em uma democracia. Após analisar cuidadosamente os argumentos favoráveis e contrários a cada uma das posições, Hübner apresenta a ideia do diálogo como uma terceira via possível entre os dois extremos. O autor adverte para o fato de que a teoria do diálogo se apresenta em versões diferentes de acordo com os autores, mas identifica duas ideias comuns nas diversas versões: 1) a negativa do monopólio judicial na interpretação constitucional, a qual deve ser exercida também pelos outros poderes; 2) a rejeição da ideia de "última palavra" na interpretação constitucional, ou ao menos, a posição de que o Poder Judiciário a detenha por meio da *judicial review*⁵⁹.

Pode-se perguntar: mas se a teoria do diálogo constitucional parece ser compatível com o direito constitucional brasileiro, qual a razão de advogarmos que no Brasil supremacia judicial e diálogo constitucional precisariam conviver? A razão de sustentarmos a supremacia judicial como dado inafastável da interpretação constitucional brasileira apresenta maior ligação com a questão prática de se determinar *quem detém a última palavra na interpretação constitucional* do que com a questão de *quem é mais legitimado para empreender a interpretação constitucional*. As duas questões são semelhantes, mas não se confundem.

No direito brasileiro, a supremacia judicial é inafastável da interpretação constitucional, pela razão singela de que cabe ao STF o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no que se refere aos limites materiais tratados no art. 60, § 4º da CRFB/1988. Assim, pode-se dizer que, pelo menos em relação aos temas que constituem cláusulas pétreas, embora o diálogo constitucional não esteja impedido de ocorrer, inclusive pela via de correções legislativas, há importante limite ao desenvolvimento do diálogo, que é o poder judicial de dar a última palavra sobre o tema na hipótese de o mesmo dispor sobre cláusula pétrea⁶⁰.

A afirmação da legitimidade do Poder Legislativo como um dos intérpretes da Constituição afasta a possível alegação de que a emenda constitucional de cunho corretivo de jurisprudência, independentemente de seu conteúdo e

⁵⁸ Conrado Hubner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008. Tese de Doutorado em Ciência Política.

⁵⁹ Conrado Hubner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008, p. 98-9. Tese de Doutorado em Ciência Política.

⁶⁰ Oscar Vilhena Vieira, *Revista de Direito do Estado* 12, 2008, p. 63: "Deve-se destacar, no caso brasileiro, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, estabelecido por força do artigo 60, par. 4º da Constituição. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um de seus julgados, como acontece em muitos países".

pelo simples fato de ser portadora dessa qualidade, seria inconstitucional, por violação ao princípio da separação de poderes consagrado como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inc. III da CRFB/1988, sob o argumento de que implicaria a invasão pelo Legislativo de seara própria do Poder Judiciário. Desta forma, a constitucionalidade de emendas que pretendam corrigir a jurisprudência, assentada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, deve ser aferida em relação a seu conteúdo e com base nos parâmetros comuns relativos ao controle de constitucionalidade de todas as emendas ao texto — ou seja — o art. 60 da CRFB/1988, especialmente em seu § 4º.

Sendo assim, seria equivocado sustentar a possibilidade de reconhecimento do diálogo constitucional no Brasil? Se adotarmos um conceito de diálogo constitucional que pressupõe plena igualdade entre os participantes e inexistência de qualquer grau de hierarquia decisória entre os mesmos, diríamos que, pelo menos em relação aos temas que constituem cláusulas pétreas, um autêntico diálogo constitucional não poderia ser reconhecido no Brasil.

Pensamos, contudo, que o fato de a ideia central do diálogo constitucional ser inaplicável, no Brasil, em determinadas circunstâncias, não invalida a possibilidade do reconhecimento de sua aplicação de modo geral no direito constitucional brasileiro. Além disso, mesmo nas hipóteses em que o STF exerce controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (inclusive as de cunho corretivo da jurisprudência) relacionadas a temas pertinentes às cláusulas pétreas, considerações democráticas recomendam a adoção de uma postura judicial de deferência em relação às escolhas interpretativas do Poder Legislativo, o que não deixa de constituir um traço característico que remete à posição manifestada pelos poderes na teoria do diálogo constitucional.

Podemos assim compreender a correção legislativa da jurisprudência como uma das manifestações possíveis do diálogo constitucional. A mecânica da correção legislativa da jurisprudência pressupõe um antecedente lógico, que é a existência de entendimento jurisprudencial acerca de determinado tema de natureza constitucional. Discordando da solução dada pelo Judiciário ao tema, o Legislativo pode editar uma emenda constitucional que altere o texto constitucional com o intuito de superar o entendimento jurisprudencial. No caso do direito brasileiro, mesmo após a edição da emenda constitucional corretiva, o debate ainda não é necessariamente encerrado, pois pode caber ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade da emenda constitucional de forma a verificar eventual violação ao conteúdo de cláusula pétrea.

Note-se que, no enredo da correção legislativa da jurisprudência, uma ideia subjacente permeia todo o seu desenrolar e apresenta nítida conexão com a tese central do diálogo constitucional: *a interpretação judicial de um tema constitucional não necessariamente encerra o debate sobre o assunto, visto que a legitimidade interpretativa que se reconhece ao legislador possibilita que o mesmo prossiga o debate sobre o tema e busque a alteração de tal interpretação*.

O fato é que, a nosso ver, supremacia judicial, supremacia legislativa e teoria do diálogo constitucional não são opções mutuamente excludentes quando se procura solucionar a questão de se determinar quem deve ser o intérprete mais legitimado dos temas constitucionais e, portanto, definir as hipóteses legítimas de correção legislativa da jurisprudência. A solução para o problema da "última palavra", pelo menos no caso do direito brasileiro, parece estar justamente na tentativa de ver viabilizada a convivência entre a supremacia judicial e a ideia do diálogo constitucional.

A jurisdição constitucional pelo STF é exercida de forma bastante diversa se adotada a tese da supremacia judicial sem o tempero da teoria do diálogo constitucional. A adoção da supremacia judicial extremada conduz a uma postura de antipatia irrefletida a normas que tenham o viés corretivo da jurisprudência da Corte em matéria constitucional, impedindo a criação de clima propício para que ela possa reavaliar o acerto do próprio entendimento jurisprudencial que gerou a reação do Poder Legislativo. A tendência da Corte será rejeitar de início a correção legislativa, sob a argumentação única de desrespeito à postura adotada pelo STF, que se constitui como intérprete final da Constituição, sem preocupação com as razões que levaram o legislador a adotar tal norma corretiva, ou seja, sem possibilitar que temas de relevância possam ser rediscutidos.

Já o exercício da jurisdição constitucional pelo STF com a supremacia judicial temperada pela teoria do diálogo constitucional conduz a postura significativamente diversa. As correções legislativas são examinadas não com antipatia, mas como oportunidade de o próprio Tribunal rever o entendimento jurisprudencial que gerou a reação legislativa, considerando que a interpretação conferida pelo legislador é razoável e compatível com um sentido possível do texto constitucional e verificando até mesmo a possibilidade de ter ocorrido uma mutação constitucional.

Em razão da supremacia judicial, a correção legislativa pode até ser rejeitada pelo STF, mas não o será com base apenas em critério puramente formal — ou seja, pelo simples fato de ter contrariado a interpretação do Tribunal. A rejeição da correção legislativa se dará com base em argumentação que ratificará a postura adotada pela Corte no precedente que gerou a reação legislativa, combinada com a circunstância de que o legislador ofereceu uma solução alternativa *materialmente* incompatível com a Constituição, segundo a interpretação conferida pela Corte. Em outros termos, a adoção da supremacia judicial temperada pela teoria do diálogo garante que a rejeição de correções legislativas pelo STF seja obrigatoriamente fundamentada à luz dos aspectos materiais da questão envolvida, ou seja, possibilita que a questão em exame possa ser novamente revisitada pelo Tribunal após ter sido objeto de deliberação pelo Poder Legislativo.

Neste ponto, cabe tentar responder à seguinte indagação: nas decisões de controle de constitucionalidade o STF deve estar atento às preferências políticas das instâncias majoritárias e, de certa forma, procurar moldar suas decisões para evitar que correções legislativas sejam materializadas?

Como já mencionado, uma das grandes contribuições da doutrina do diálogo constitucional ao exame da questão institucional da interpretação constitucional é demonstrar a evidência de que a interpretação empreendida pelo Poder Judiciário na *judicial review* não pode ser considerada um nicho próprio de poder judicial, afastado do sistema de interação intermitente de forças da separação de poderes. Nessa linha de raciocínio, parece razoável recomendar que o STF, ao examinar a constitucionalidade das leis ou emendas constitucionais, procure aferir quais os parâmetros que o Poder Legislativo vem adotando em relação ao tema controvertido. Isto não significa, por óbvio, que o STF deva incorporar tais parâmetros de forma acrítica, pois uma das funções da *judicial review* é exatamente avaliar criticamente as opções interpretativas que as instâncias majoritárias estão adotando. O que se defende aqui é a ampliação do campo de visão do STF no controle de constitucionalidade, de forma que a análise crítica das preferências do Legislativo sobre o tema controvertido seja mais uma das variáveis (não a única) a compor o conjunto de razões para o atingimento da decisão judicial.

A consideração, pela *judicial review*, dos parâmetros legislativos também se justifica a partir das críticas de cunho institucional formuladas por Sunstein e Vermeule, no estudo já mencionado⁶¹. Como anteriormente aduzido, os autores sustentam que os problemas de ordem interpretativa advindos do exercício da *judicial review* nem sempre podem ser solucionados a partir da escolha espontânea da melhor teoria pelo intérprete, pois as considerações de ordem institucional (relação com os outros poderes) devem influenciar a escolha da solução. E um dos exemplos de aplicação do raciocínio, apresentado pelos autores, ocorre exatamente nas hipóteses de interpretações judiciais que no futuro poderiam gerar correções legislativas, ou seja, aferir se uma decisão judicial seria, ou não, corrigida pelo Poder Legislativo e qual seriam os custos desta atividade legislativa.

Um exemplo no direito tributário pode esclarecer melhor o raciocínio exposto. Como se sabe, o tema da progressividade das alíquotas nos impostos reais no direito constitucional tributário brasileiro é objeto de intensa polêmica. O STF havia adotado o entendimento de que a progressividade fiscal do IPTU seria inadmissível à luz da CRFB/1988, uma vez que a técnica da progressividade seria supostamente incompatível com os impostos reais. A matéria sempre foi objeto de intensa polêmica doutrinária, encontrando-se autores que advogavam posições em ambos os sentidos. Aliás, a própria validade científica da classificação entre impostos pessoais e reais também é questionada por parcela significativa da doutrina tributária. Posteriormente, o STF ratificou o entendimento explicitado no precedente ao estabelecer a impossibilidade do estabelecimento de alíquotas progressivas em relação a outro imposto apontado como de natureza real — o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)⁶².

⁶¹ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 885-951.

Como já mencionado, em clara hipótese de correção legislativa da jurisprudência do STF, a EC nº 29/2000 deu nova redação ao art. 156, § 1º da CRFB/1988 para tornar explícita a possibilidade da progressividade fiscal do IPTU. Posteriormente, a EC nº 42/2003 também explicitou a progressividade para dois novos impostos que também poderiam ser classificados como reais: o Imposto Territorial Rural (ITR), através da nova redação do § 4º do art. 153 da CRFB/1988, e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), por meio de nova redação do § 6º do art. 155 da CRFB/1988. Em outros termos, o conjunto de tais emendas revela que o constituinte derivado adotou posição clara na polêmica doutrinária envolvendo a questão acerca da possibilidade da adoção da progressividade nos impostos reais.

Desta forma, pensamos que o STF, ao se deparar com o julgamento de demandas envolvendo o tema em exame, não pode ignorar a opção sistemática que o legislador, nas emendas constitucionais referidas, tem feito a favor da progressividade nos impostos reais. Isto poderia provocar modificação, por exemplo, no entendimento do STF (Súmula nº 656) acerca da possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas em relação ao ITBI, imposto real que não tem previsão explícita de progressividade, sem a necessidade de edição de nova emenda constitucional. Ainda que o STF examine criticamente as preferências do legislador sobre o tema, e mesmo, pelo exercício da supremacia judicial, venha a manter o entendimento de que a progressividade nos impostos reais somente seja admitida por meio de norma constitucional expressa, o entendimento do constituinte derivado deve necessariamente compor o conjunto de argumentos que orientarão a decisão judicial. Considerando que o tema é polêmico e divide opiniões, o STF, em atitude de deferência às opções legislativas, pode optar por aceitar o entendimento do legislador à luz das considerações acerca do diálogo constitucional. Além disso, sob o ponto de vista dos aspectos institucionais da interpretação judicial referidos, o STF pode optar por acatar o entendimento legislativo para evitar o custo de uma correção legislativa de sua jurisprudência por intermédio de nova emenda constitucional.

Cumpra afirmar, acerca do tema em exame, que já há prenúncios de modificação do entendimento do STF sobre a questão. Está em curso o julgamento do RE nº 562.045, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que adotou a progressividade de alíquotas em relação ao imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação (art. 155, inc. I da CRFB/1988), que também não tem previsão explícita de progressividade no texto constitucional. O relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, sustentou o entendimento de que a progressividade no caso de impostos reais somente poderia ser adotada mediante expressa previsão constitucional, mantendo, desta forma, o entendimento tradicional da Corte⁶². O Ministro

⁶² O entendimento foi consolidado na Súmula nº 656.

⁶³ Informativo STF nº 510.

Eros Grau, contudo, abriu divergência e reconheceu na hipótese a constitucionalidade da progressividade, afirmando que a tese da inconstitucionalidade desta seria baseada na interpretação equivocada de que o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CRFB/1988) indicaria que a progressividade somente seria admissível nos impostos pessoais, quando em verdade o dispositivo é dirigido também aos impostos reais — admitindo, desta forma, a progressividade. Os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa acompanharam a divergência, sendo o julgamento interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Carlos Britto⁶⁴. O julgamento ainda não foi encerrado, mas parece ser lícito afirmar que a tese divergente iniciada pelo Ministro Eros Grau teria a seu favor as considerações explicitadas acima em relação à posição do constituinte derivado sobre o tema⁶⁵.

V. A correção legislativa da jurisprudência no Direito Constitucional Tributário brasileiro

Inicialmente, é possível afirmar-se que a forma como o direito tributário ainda é compreendido por significativa parcela da doutrina brasileira (com seus reflexos na jurisprudência) torna a matéria tributável campo bastante fértil para o crescimento da correção legislativa da jurisprudência, tanto em sede constitucional como na seara infraconstitucional. Em resumo, pode-se dizer que boa parte da doutrina do direito tributário brasileiro adota uma ótica de interpretação de nítido viés positivista, marcada pela supervalorização da legalidade estrita e da segurança jurídica em detrimento de outros valores constitucionais⁶⁶. Além disso, do ponto de vista filosófico, tal concepção doutrinária pode ser ligada a uma visão que praticamente ignora os aspectos axiológicos e teleológicos do tributo como dever fundamental do cidadão no Estado de Direito, além das questões atinentes à justiça fiscal⁶⁷.

⁶⁴ Informativo STF nº 520.

⁶⁵ Na doutrina, posição favorável à constitucionalidade da progressividade no imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação foi explicitada por Roberto da Motta Salles Carvalho de Lopes, *Justiça tributária: igualdade no tributo e igualdade pelo tributo*, 2008, p. 242-6. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Posição contrária à progressividade de alíquotas no citado tributo foi desenvolvida por Clayton Xavier Batista, *É possível a progressividade de alíquotas no ITCMD?*, *Revista Dialética de Direito Tributário* 132, 2006, p. 40-7, 2006; e Eduardo Bottallo, *Imposto sobre transmissão 'causa mortis' e doação e progressividade*, *Revista de Direito Tributário*, 2000, p. 201-5.

⁶⁶ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 409. Em sentido semelhante, Ricardo Lodi Ribeiro, *Justiça, interpretação e elisão tributária*, 2004, p. 9.

⁶⁷ Paulo Caliendo, *Direito tributário: três modos de pensar a tributação. Elementos para uma teoria sistemática do Direito Tributário*, 2009, p. 144: "O normativismo falha ao compreender a Constituição como mera fonte formal e norma superior das normas jurídicas do sistema jurídico, sem compreender o alcance do texto constitucional como uma norma de compromisso entre setores sociais distintos sobre dilemas valorativos (Carta Axialógica) mais importantes de uma sociedade e orienta a solução leal de conflitos existentes em uma dada sociedade".

A adoção de tal concepção positivista resulta na eleição da segurança jurídica como valor praticamente absoluto, tornando difícil a penetração na seara tributária de outros valores constitucionais, como a justiça e a igualdade, materializados pelo princípio da capacidade contributiva, bem como acaba por influenciar a própria jurisprudência brasileira⁶⁸.

A exacerbação da segurança jurídica por parcela da doutrina do direito tributário viola frontalmente um dos princípios básicos de interpretação constitucional, que é o da unidade da Constituição. Segundo esse princípio, não se autoriza que o intérprete, diante de aparente conflito de enunciados constitucionais (ex. segurança jurídica x capacidade contributiva), simplesmente escolha um deles, pois inexistem hierarquia entre dispositivos constitucionais. O princípio da unidade indica que é função do intérprete buscar a concordância prática de ambos os princípios em suposta colisão, por intermédio principalmente da técnica da ponderação⁶⁹.

Ora, na medida em que a jurisprudência, na interpretação dos enunciados de direito tributário (inclusive o infraconstitucional), adota apenas os postulados positivistas, ignorando a tábua axiológica de valores constitucionais, surge a possibilidade da formação de uma jurisprudência inadequada à luz dos mesmos valores constitucionais, o que propicia a correção legislativa da jurisprudência. Todos esses fatores mencionados favorecem, desta forma, a proliferação de correções legislativas no âmbito do direito tributário, seja no plano constitucional ou no plano infraconstitucional.

Considerando que o foco do presente estudo é a análise da correção legislativa tributária no nível constitucional, devemos mencionar outra característica de parcela da doutrina tributária que projeta consequências relevantes na análise da constitucionalidade das emendas de cunho corretivo.

A questão cuida, basicamente, do alcance que se deve emprestar às cláusulas pétreas em matéria tributária. Neste ponto, cabe ressaltar que parcela da doutrina do direito tributário, apegada a uma concepção claramente máxima-

68 Ricardo Lodi Ribeiro, *A constitucionalização do direito tributário*. In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 12: "É justamente pelo fato de a doutrina brasileira passar ao largo das discussões sobre a justiça, não sabendo como dar aplicação ao princípio da capacidade contributiva, a jurisprudência segue a mesma orientação, limitando-se a perceber o fenômeno jurídico tributário por meio de regras, desconhecendo os valores e princípios".

69 Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 198 — grifo nosso: "Mais que isso: do ponto de vista lógico, as normas constitucionais, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem jamais estar em conflito no momento de sua concretização. Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de *jamais anular integralmente uma em favor da outra*". Na doutrina tributária v. Ricardo Lodi Ribeiro, *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*, 2009, p. 57: "Deste modo, não se pode encontrar na Constituição a opção pela preponderância da segurança jurídica em relação aos outros valores, pois esta deve ser ponderada com os demais interesses tutelados pela ordem constitucional".

lista das cláusulas pétreas tributárias, apresenta a tendência de questionar a constitucionalidade de algumas emendas constitucionais corretivas. Essa tendência, a nosso ver, relewa uma compreensão inadequada do papel dessas cláusulas no sistema tributário brasileiro, bem como desconsidera o importante papel que o princípio democrático deve desempenhar na interpretação dos limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Como se sabe, a CRFB/1988 previu, em seu art. 60, § 4º, os chamados limites materiais ao poder de reforma constitucional (cláusulas pétreas), ou seja, limitações que o constituinte originário impôs ao constituinte derivado acerca de deliberações sobre determinadas matérias. Tais limitações autorizam que o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, declare a inconstitucionalidade de emendas à Constituição sempre que verificar violações perpetradas por estas às cláusulas pétreas. Como é sabido, as cláusulas pétreas constantes da CRFB/1988 foram veiculadas por intermédio de expressões semânticas de definição bastante difícil, em ambiente de desacordo de ideias constante na sociedade contemporânea. Expressões como "*forma federativa de Estado*", "*separação de poderes*" e "*direitos e garantias individuais*" podem justificar o temor de uma leitura bastante imprevisível do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Cabe ainda destacar que a problemática levantada em relação às cláusulas pétreas é potencializada pelo caráter extremamente detalhista do texto constitucional de 1988. Não é difícil perceber que, sendo também a matéria tributária tratada em minúcias no texto constitucional, o questionamento acerca das cláusulas pétreas acaba ganhando relevância também relativamente às emendas constitucionais que tocam a questão tributária. Importantes estudos no âmbito da ciência política brasileira comprovam, por intermédio de dados empíricos, que a matéria financeira e tributária tratada na Constituição efetivamente sofreu diversas alterações. Nesse sentido, Celina Souza demonstra a destacada prevalência do tema fiscal na agenda de reformas da CRFB/1988, afirmando que nada menos do que 35% dos dispositivos alterados pelas emendas constitucionais até 2008 trataram da matéria fiscal. Para destacar a relevância do número apontado, basta observar que o segundo tema mais abordado pelas emendas constitucionais (alterações no modelo econômico) atingiu o percentual de apenas 13%, ou seja, quase um terço do percentual da matéria fiscal⁷⁰.

Marcus Abraham também menciona números expressivos que confirmam a notável preferência do constituinte derivado pela matéria fiscal. Até 2008, houve 19 emendas constitucionais tratando da matéria financeira e tributária, além de uma emenda constitucional de revisão. Ao todo, tais emendas produziram cerca de 40 alterações no sistema tributário constitucional⁷¹.

70 Celina Souza, Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988, *Revista de Ciências Sociais* 4, 2008, p. 802.

71 Marcus Abraham, *As emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição*

Neste ponto, conforme já adiantamos, é possível identificar em parcela da doutrina do direito tributário uma reação negativa a determinadas emendas constitucionais editadas nos últimos tempos (especialmente as de cunho corretivo)⁷², baseada em interpretações que, a nosso ver, inflacionam em demasia o conteúdo das cláusulas pétreas e praticamente ignoram o parâmetro democrático que deve ser seguido pelo Judiciário na definição dos contornos desses limites ao poder de reforma constitucional.

Sobre este ponto, vale anotar a aguçada crítica de Ricardo Lobo Torres, tratando da questão relativa à inclusão do § 7º ao art. 150 da CRFB/1988 pela EC nº 3/1993 (substituição tributária "para frente"):

"Sempre se entendeu que a norma constitucional goza de presunção de constitucionalidade. Depois da divulgação da obra de Bachof, que admitia a possibilidade de ser inconstitucional a norma da própria Constituição nos casos excepcionais de conflito com o direito supralegal, e da promulgação do art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre as cláusulas pétreas, tornou-se moda no Brasil a presunção oposta de que as emendas constitucionais e as próprias normas legais ficam sob a suspeita de ilegitimidade constitucional"⁷³.

O problema verifica-se especialmente em relação à correta definição da limitação material consubstanciada no art. 60, § 4, inc. IV — "direitos e garantias individuais". Cabe destacar que, mais recentemente, a doutrina constitucionalista brasileira vem empreendendo esforços no sentido de conferir ao art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988 uma interpretação mais afinada com as tentativas de conciliação entre as cláusulas pétreas e o princípio democrático. Parece-nos que tal postura doutrinária é a mais correta, e sua contribuição pode ser de grande valia para a interpretação do mencionado dispositivo constitucional na seara tributária, conforme será explicitado.

Nesta linha, Cláudio Pereira de Souza Neto critica a tentativa de se investir em critérios formais para a delimitação dos limites do constituinte derivado em relação ao art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988, destacando a necessidade de se buscar fundamentar tal limite em critérios materiais concernentes à teoria constitucional da democracia deliberativa⁷⁴.

Federal de 1988, 2009, p. 28-9.

72 Nesta linha, Leonardo Pietro Antonelli, O limite das reformas constitucionais em matéria tributária. In: Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Torres (orgs.), *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, 2006, p. 691-718. Em sentido diverso, ressaltando a legitimidade da correção legislativa da jurisprudência na seara constitucional tributária, Gabriel Lacerda Troianelli, A vacina contra a inconstitucionalidade. In: Marcelo Magalhães Peixoto e Edison Carlos Fernandes (orgs.), *Tributação, justiça e liberdade*, 2005, p. 209-10.

73 Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 285 (grifo nosso).

74 Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006, p. 236-7.

No mesmo sentido, excelente trabalho de Rodrigo Brandão examina com riqueza a importância de o princípio democrático ser considerado pelo Poder Judiciário na interpretação das cláusulas pétreas. Utilizando especialmente os conceitos elaborados por John Rawls acerca do emprego pelo Judiciário da razão pública e do consenso sobreposto no controle de constitucionalidade das normas, o autor elabora proposta no sentido de que o Judiciário vislumbre no art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988 a garantia da intangibilidade dos pressupostos da continuidade da jornada democrática promovida pela reconstitucionalização a partir da nova Carta⁷⁵.

Desta forma, não se nega que, em certas situações, o STF poderá invalidar emendas constitucionais corretivas de jurisprudência, caso esteja convencido de que o entendimento jurisprudencial consolidado acerca de determinada norma que considere cláusula pétrea seja avaliada como insuperável e necessário para a tutela efetiva de um direito individual na seara tributária, ou para assegurar o núcleo essencial da forma federativa de Estado. O que se propugna é que o fator democrático (no caso, representado pela edição da emenda constitucional corretiva) seja considerado pelo STF como um dos elementos a serem sopesados no momento da decisão acerca da manutenção ou da alteração do entendimento jurisprudencial objeto da correção legislativa.

O fato é que parte da doutrina tributária, ao interpretar o limite ao poder de reforma contido no art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988, confere ao mesmo, em muitas ocasiões, um alcance que nos parece francamente incompatível com os recentes aportes da doutrina constitucionalista acerca da necessária observância do princípio democrático pelo Poder Judiciário no exercício da interpretação das cláusulas pétreas.

A ideia de que as cláusulas pétreas em matéria tributária precisam ser compatibilizadas com o princípio democrático é reforçada pelo argumento de que a tributação certamente consiste em um dos campos do direito em que seja mais necessária a afirmação da importância da ideia de autogoverno popular. Isto porque a discussão acerca do sistema tributário desejável para uma sociedade é permeada por questões que transcendem considerações de ordem meramente técnica, acerca da definição de conceitos estritamente jurídicos, próprias da visão tradicional do papel do Judiciário. São questões de ordem axiológica, que tocam temas controvertidos relacionados à ética e à justiça⁷⁶. Ade-

75 Rodrigo Brandão, *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*, 2008, p. 345.

76 Sobre o ponto, vale destacar a lição de Klaus Tipke e Joachim Lang, que enfatizam a noção axiológica do tributo, v. Klaus Tipke e Joachim Lang, *Direito tributário*, 2008, p. 55. Trad. (da 18ª ed. alemã) Luiz Dória Furquim — grifo nosso: "Quanto mais alta, entretanto, for a necessidade financeira do Estado, que deva ser suportada pelos seus cidadãos, tanto mais justa precisa ser a distribuição das cargas tributárias, tanto mais precisamente deve ser manejada a generalidade e igualdade na imposição".

mais, os delineamentos do sistema tributário influenciam decisivamente a própria política de desenvolvimento do País.

Tais implicações axiológicas do sistema tributário, que despertam divergências de acordo nas diferentes correntes políticas em disputa na sociedade, militam em favor da tese de que deve caber precipuamente aos órgãos de governo democraticamente eleitos a definição acerca das melhores políticas tributárias a serem adotadas para a concretização dos objetivos previstos na Constituição⁷⁷.

Neste sentido, cumpre mencionar as seguintes considerações de Liam Murphy e Thomas Nagel, que destacam a ligação entre os impostos e as concepções de justiça presentes na sociedade:

"Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva. É por isso que a discussão desse tema gera paixões tão fortes, exacerbadas não só pelos conflitos de interesses econômicos como também por ideias conflitantes acerca de o que é justiça ou imparcialidade⁷⁸".

O discurso da supremacia absoluta da segurança jurídica que parte da doutrina tributária adota no Brasil tende a vislumbrar nos dispositivos constitucionais tributários apenas a função de compor um estatuto de proteção exacerbada do contribuinte em face do Estado, esquecendo-se dos aspectos da tributação ligados à promoção da justiça fiscal. No campo da interpretação das cláusulas pétreas tributárias, essa visão tende, por sucessão lógica, à maximização das mesmas, especialmente a prevista no art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988.

O âmbito das instâncias políticas é o ambiente próprio em que é legítimo questionar acerca de qual a melhor forma de delineamento do sistema tributário⁷⁹. O que não se pode é esperar que alguma doutrina particular abrangente

77 Ricardo Lodi Ribeiro, Conceitos indeterminados, discricionariedade e tributação. In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 121: "Essa necessidade de o Poder Legislativo tomar as decisões fundamentais sobre o critério de partilha do ônus tributário pela sociedade é fruto do pluralismo político e social, incompatível com decisões obtidas por uma perspectiva unilateral da realidade, ainda que sua fonte seja democraticamente legitimada. Na sociedade de risco, sendo a relação fisco-contribuinte dotada de uma feição horizontal, onde os interesses de um segmento social se contrapõem muito mais aos interesses de outro grupo do que ao do Estado, é essencial que a decisão sobre a partilha dos ônus e riscos sociais seja negociada em assembleia, a fim de obter uma solução consensual e que seja justificada racionalmente ante a opinião pública".

78 Liam Murphy e Thomas Nagel, *O mito da propriedade*, 2005, p. 5. Trad. Marcelo Brandão Cipolla.

79 Sobre o ponto, vale trazer a contribuição de Ana Paula de Barcellos, que sustenta que o controle social exercido pelos cidadãos (que se manifesta nas eleições e também deveria ser manifestado ao longo dos mandatos dos representantes eleitos) compõe um dos atributos mínimos da democracia. V. Ana Paula Barcellos, *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social*

acerca de determinada concepção do sistema tributário, seja imposta como se fosse a mais correta tradutora da vontade constitucional, como único parâmetro de decisão ao Poder Judiciário, quando este se depara com a questão pertinente à análise da constitucionalidade de emenda constitucional em face de prescrições constitucionais tributárias, de conteúdo quase sempre impreciso.

Em tal situação, consoante preconiza a melhor doutrina constitucionalista, anteriormente mencionada, o que se espera é que o Poder Judiciário se mantenha no campo da neutralidade política⁸⁰. A atribuição do papel de concretizador principal das políticas tributárias aos órgãos democraticamente legitimados não retira, obviamente, a importância do papel do Judiciário como garantidor da continuidade das condições para o correto funcionamento da democracia, freando eventuais tentativas das majorias de solapamento dessas condições.⁸¹ Entre essas condições de funcionamento correto do jogo democrático, destacam-se os direitos materialmente fundamentais, inclusive, é claro, em sua vertente tributária.

V.1. A EC nº 20/1998 e o art. 195, inc. I da CRFB/1988

O art. 195, inc. I da CRFB/1988, em sua redação original, ao prever a possibilidade de instituição da contribuição previdenciária do empregador, utilizava a expressão "folha de salários". Interpretando o dispositivo, o STF, no RE nº 166.772⁸², havia definido o entendimento de que a expressão deveria ser consi-

democrático: algumas propostas sobre o tema da informação, *Revista de Direito do Estado* 12, 2008, p. 77-105.

80 Luís Roberto Barroso, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas*, 2009, p. 34-40: "A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição". E ainda Thiago Magalhães Pires, *Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil*, *Revista de Direito do Estado* 12, 2008, p. 203: "Neste ponto, é de extrema importância que os juízes atuem dentro dos limites erigidos pelo texto da Constituição e pelos parâmetros e métodos desenvolvidos pela doutrina, clientes, ademais, de que desempenham uma função contramajoritária. Tudo isso exige uma autocontenção do Judiciário e, conseqüentemente, um certo grau de deferências às opções políticas da maioria".

81 Ana Paula Barcellos, Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* 53, 2000, p. 103: "É indispensável, portanto, que as majorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição. Estes pontos são tão essenciais — uma espécie de consenso mínimo — que qualquer grupo que venha a exercer o poder, qualquer ideologia que venha a ser escolhida pelo povo terá de respeitá-los. Simplesmente não se admite que não o façam".

derada em seu sentido estritamente técnico, ou seja, como autorizando a exigência de contribuição previdenciária apenas em relação aos empregados em sentido estrito, aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com vínculo empregatício. Desta forma, estaria desautorizada a incidência de contribuição previdenciária em relação aos trabalhadores sem vínculo empregatício — como administradores e autônomos. Por tal razão, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 7.787/1989, que previa tal exação.

Na ADIN nº 1.102⁸³, o STF ratificou o entendimento, reconhecendo a inconstitucionalidade das expressões "empresários" e "autônomos" constantes do art. 22, inc. I da Lei nº 8.212/1991, pelas mesmas razões. Na própria ementa do acórdão constou, todavia, a observação de que *a contribuição previdenciária em exame poderia ser criada por intermédio de lei complementar*, em razão do disposto no art. 195, § 4º da CRFB/1988, que possibilitava a criação de nova fonte de custeio para a seguridade social desde que observado o art. 154, I, que exige lei complementar para instituição de novos tributos. Após a decisão do STF, foi editada a Lei Complementar nº 84/1996, que previu a incidência da contribuição previdenciária na hipótese. Note-se que a hipótese caracteriza uma daquelas situações, já descritas anteriormente, em que a própria decisão judicial, embora reconheça a inconstitucionalidade de um ato normativo, já indica ao legislador que caminhos este deve adotar para regular novamente a matéria de forma a afastar o óbice da inconstitucionalidade.

A EC nº 20/1998 alterou a redação do art. 195, inc. I, para estabelecer que a contribuição previdenciária poderia incidir sobre "a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício". O escopo da emenda foi, claramente, corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, que tinha conferido à incidência da contribuição previdenciária sobre folha de salários um caráter muito restrito. Com fulcro na alteração realizada pela Emenda, sobreveio a Lei nº 9.876/1999, que manteve a contribuição previdenciária incidente sobre administradores e autônomos e revogou a Lei Complementar nº 84/1996⁸⁴.

Note-se que todo o longo processo descrito teve sua origem na primeira decisão do STF, que havia conferido à expressão "folha de salários" um sentido muito restrito, de forma a impossibilitar, como já afirmado, a incidência de contribuição previdenciária em relação a autônomos e empresários. Ricardo Lobo Torres menciona essa decisão como um caso de "complicação do direito tributário pelo Judiciário", pelas seguintes razões:

"Do ponto de vista prático [...], o STF impôs inusitada complicação econômica e

⁸² STF, DJ 16 dez. 1994, RE nº 166.772/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁸³ STF, DJ 17 nov. 1995, ADIN nº 1.102/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁸⁴ Marcus Abraham, *As Emendas Constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2009, p. 105.

funcional, pois os autônomos, que até a decisão judicial pagavam a contribuição social, deixaram de pagá-la e ainda repetiram o indébito; mas não perderam o direito aos benefícios previdenciários adquiridos. A nova legislação repôs a situação em seu *status quo ante*, com o imenso prejuízo financeiro do Tesouro e sem qualquer avanço do direito dos trabalhadores sob a perspectiva da justiça social. Mera complicação judicial, em suma⁸⁵.

A decisão do STF também comporta críticas à luz dos questionamentos relativos às questões ligadas aos aspectos institucionais da interpretação, ventiladas por Sunstein e Vermeule no estudo já mencionado⁸⁶. A excessiva preocupação do STF com os aspectos semânticos da expressão "folha de salários" contida na CRFB/1988 acabou obscurecendo questões importantes acerca dos efeitos sistêmicos que a decisão judicial poderia acarretar, visto que, apesar de o STF ter reconhecido a impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária em relação aos autônomos, estes continuaram vinculados à Previdência Social, sendo possível assim usufruírem dos benefícios previdenciários, apesar de a Previdência Social ter perdido, durante tempo razoável, importante fonte de custeio⁸⁷.

V.2. A EC nº 29/2000 e a progressividade fiscal do IPTU

O STF, no julgamento do RE nº 153.771⁸⁸, fixou a tese de que, ante a natureza de imposto real do IPTU, não seria admissível a progressividade fiscal desse imposto com fulcro na capacidade contributiva prevista no art. 145, § 1º da CRFB/1988. O voto que conduziu a maioria vitoriosa no precedente em tela, do Ministro Moreira Alves, considerou ser a progressividade fiscal inaplicável, com fulcro na capacidade contributiva, aos impostos de caráter real, como o IPTU, sendo possível a progressividade apenas nas hipóteses em que a finalidade seja extrafiscal, nos termos do art. 182, §§ 2º e 4º da CRFB/1988, como forma de cumprimento da função social da propriedade.

A matéria sempre foi objeto de intensa polêmica doutrinária. Alguns autores sustentavam que a progressividade do IPTU admitida pela CRFB/1988 seria destinada apenas a atender à finalidade extrafiscal do art. 182 — inadmitindo, portanto, a progressividade fiscal. Pode-se dizer, contudo, que a corrente majoritária da doutrina admitia a progressividade fiscal do IPTU, sustentando inexistir qualquer incompatibilidade entre a técnica da progressividade e os impostos reais.

⁸⁵ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 467.

⁸⁶ Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, *Michigan Law Review* 101, 2003, p. 885-951.

⁸⁷ A defesa do precedente adotado pelo STF no RE nº 166.772/RS foi feita por Humberto Ávila. V. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2006, p. 212.

⁸⁸ STF, DJ 05 set. 1997, RE nº 153.771/MG, Rel. Min. Moreira Alves.

A EC nº 29/2000 alterou a redação do art. 156, § 1º da CRFB/1988 para estabelecer explicitamente que o IPTU poderá ser "progressivo em razão do valor venal do imóvel" (inc. I). Cuida-se obviamente de típica correção legislativa da jurisprudência constitucional do STF.

O STF acatou a correção legislativa de sua jurisprudência, editando a Súmula nº 668⁸⁹. Todavia, alegando violação à cláusula pétrea estabelecida no art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/1988, corrente doutrinária minoritária apontou suposta inconstitucionalidade da emenda. Em suma, tal doutrina sustenta que não se admitiria a progressividade fiscal do IPTU, pois constituiria suposto direito individual o alegado princípio de que apenas os impostos pessoais poderiam ser progressivos, não sendo esse o caso do IPTU, que configura imposto real⁹⁰.

A mencionada posição doutrinária pode ser objeto de intensos questionamentos. É cediço que a classificação que busca apartar de forma consistente os impostos reais dos impostos pessoais é bastante criticada pela doutrina tributária⁹¹. Por outro lado, ainda que se admita, por amor ao debate, a validade científica de tal classificação para o direito tributário, não haveria razão a justificar que a técnica da progressividade, que consiste na forma mais adequada de realização do princípio da capacidade contributiva, estivesse vedada aos impostos reais. Aliás, o próprio texto do artigo mencionado (art. 145, § 1º)⁹² menciona expressamente que o "patrimônio" é um dos índices de riqueza possíveis de utilização pelo legislador para dar aplicação à capacidade contributiva⁹³.

⁸⁹ Vale aduzir que está pendente de julgamento definitivo o RE nº 423.768/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual se discute explicitamente a constitucionalidade da EC29/00 em relação à progressividade. O Ministro Marco Aurélio já manifestou voto favorável à constitucionalidade da emenda. No mesmo sentido já votaram os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence (Informativo STF nº 433).

⁹⁰ Neste sentido v. Aires F. Barreto e Ives Gandra da Silva Martins, IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº 29/2000 é inconstitucional, *Revista Dialética de Direito Tributário* 80, 2002, p. 105-26, 2002; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 342-4; e Leonardo Pietro Antonelli, Correção de decisões judiciais pelo poder legislativo. In: Ricardo Lobo Torres (org.), *Temas de interpretação do direito tributário*, 2003, p. 159-91.

⁹¹ Ayrton de Mendonça Teixeira, IPTU e progressividade, *Revista Dialética de Direito Tributário* 80, 2002, p. 21: "A classificação que distingue entre impostos reais e pessoais é de todo equivocada para fins jurídicos, e sua adoção decorre da nefasta prática decorrente da adoção de lições da Ciência das Finanças, sem a devida depuração atinente aos adequados critérios de seleção". Também criticando a classificação, Marcelo Jatobá Lôbo, A progressividade fiscal do IPTU à luz do princípio hermenêutico da unidade da constituição, *Revista de Direito Tributário* 89, 2004, p. 259-67.

⁹² Ricardo Lodi Ribeiro, O princípio da capacidade contributiva. In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 216: "Deste modo, numa sociedade marcada por profundas desigualdades sociais como a nossa, a progressividade é, em vários impostos, o instrumento mais adequado à aplicação do princípio da capacidade contributiva, baseando-se na justiça". O autor afirma ainda a plena compatibilidade da progressividade com os impostos reais.

⁹³ Ricardo Lodi Ribeiro, O princípio da capacidade contributiva In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 217.

Porém, se o entendimento de que a CRFB/1988 em sua redação original não possibilitava a progressividade fiscal do IPTU já se afigurava equivocado, na linha de sólidos entendimentos doutrinários, pretender que o constituinte derivado fosse impedido de decidir a questão em sentido contrário ao entendimento do STF sob a alegação de violação de cláusula pétrea afigura-se, a nosso ver, francamente inaceitável. Tal conclusão baseia-se nas contribuições trazidas pela significativa parcela da doutrina constitucionalista que defende a necessidade de que a interpretação das cláusulas pétreas pelo Poder Judiciário seja conjugada com o princípio democrático, conforme visto acima. Desta forma, parece evidente, à luz do princípio democrático, a legitimidade de o constituinte derivado tornar clara a possibilidade de cobrança do IPTU por alíquotas progressivas, ainda mais se considerarmos, juntamente com boa parte da doutrina tributária, que a Emenda nº 29/2000 teve caráter meramente declaratório⁹⁴, visto que já se admitia, sob a égide do texto original de 1988, a progressividade fiscal do IPTU.

Na hipótese, o alegado "direito individual de não ser tributado de forma progressiva nos impostos reais", que consistiria a apontada cláusula pétrea, além de não encontrar previsão formal no texto constitucional, também não podia ser extraído do sistema tributário constitucional. Mesmo que admitíssemos que a questão em torno da aplicação da progressividade dos impostos reais pudesse ser classificada como controversa, a seara legislativa, ainda mais por maioria qualificada, seria a mais indicada para a resolução da questão, conforme entendimento explicitado acima. Desta forma, o direito fundamental a ser tutelado pelo art. 60, § 4º, inc. IV é a capacidade contributiva, *tout court*, projeção tributária da igualdade e da justiça tributária e não "a capacidade contributiva realizada pelo critério x ou y". Se há divergência razoável em torno de qual técnica melhor concretiza o mencionado direito fundamental, não cabe ao Poder Judiciário no controle de constitucionalidade decidir tal aspecto, pois a matéria deve ser debatida nas instâncias democráticas. Do contrário, o Judiciário estaria adotando uma "doutrina particular abrangente" sobre o tema, em prejuízo das instâncias democráticas.

V.3. A EC nº 33/2001 e o ICMS na importação por pessoa física

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 203.075⁹⁵, firmou o entendi-

⁹⁴ Clemerson Merlin Clève e Sólton Sehn, IPTU e Emenda Constitucional nº 29/2000: legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel, *Revista Dialética de Direito Tributário* 94, 2003, p. 139: "A Emenda Constitucional nº 29/2000 tem caráter declaratório e, antes de ofender, concretiza e realiza os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário". No mesmo sentido v. Valentino Aparecido de Andrade, Os impostos reais e a progressividade fiscal, *Revista Dialética de Direito Tributário* 89, 2003, p. 106-15; e Leonel Cesarino Pessoa também defende a constitucionalidade da EC 29/00, criticando o entendimento jurisprudencial adotado pelo STF no RE nº 153.771 (Leonel Cesarino Pessoa, IPTU, progressividade e a EC 29/2000: o julgamento do STF, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 74, 2007, p. 209-15).

⁹⁵ STF, DJ 29 out. 1999, Recurso Extraordinário nº 203.075/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

mento de que o art. 155, § 2º, inc. IX, al. "a" da CRFB/1988 não autorizava a incidência do ICMS sobre a importação de bem realizado por pessoa física. O voto condutor da maioria, proferido pelo Ministro Maurício Corrêa, foi baseado especialmente nos aspectos semânticos do dispositivo, que empregava os termos "circulação de mercadoria" e "estabelecimento". Desta forma, o dispositivo seria dirigido apenas a pessoas que exercessem atos de comércio com habitualidade, e, portanto, inaplicável à pessoa física, que não praticaria atos de circulação de mercadoria nem possuiria estabelecimento. Além disso, exigir o ICMS na hipótese de importação por pessoa física tornaria impossível a aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade, pois somente ao comerciante seria assegurada a possibilidade de compensação do que é devido em cada operação com o montante exigido nas operações anteriores.

A EC nº 33/2001 alterou a redação do dispositivo em exame para claramente corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, estabelecendo que o ICMS incidirá "sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade [...]".

Conforme leciona Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa é plenamente justificável, pois o entendimento jurisprudencial do STF, apegado de forma excessiva aos aspectos semânticos do texto constitucional, ignorou os aspectos científicos, jurídicos e econômicos que envolvem a questão da incidência dos impostos sobre o valor acrescido, tal como o ICMS na importação.

No Brasil e no âmbito internacional, há a prevalência do princípio do país de destino, que, inspirado na ideia de capacidade contributiva, estabelece que a tributação deva ser deixada para o país onde serão consumidos os bens. Nesta lógica, as exportações devem sofrer desonerações tributárias; já na importação, deve haver incidência do imposto compensatório capaz de igualar o preço da mercadoria estrangeira ao preço da mercadoria nacional⁹⁶. Desta forma, a incidência do ICMS na importação mantém uma função equalizadora e vinculada à última etapa da circulação internacional da mercadoria, sendo indiferente a pessoa do destinatário do bem⁹⁷.

Com base neste raciocínio, o entendimento do STF de reconhecer a não-incidência do ICMS na importação por pessoa física criava uma série de distorções: 1) implicava enriquecimento injustificável da pessoa física importadora, que iria apropriar-se do tributo do qual fora isento no país exportador, justamente em atenção ao princípio do país de destino; 2) criava distinção inconstitucional

⁹⁶ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 319.

⁹⁷ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 452. Em sentido semelhante v. Mizabel Derzi, Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: Luis Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilueti (coords.), *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*, 1998, p. 120. No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de direito tributário brasileiro*, 2002, p. 497.

(art. 150, inc. II) entre os importadores brasileiros, privilegiando a pessoa física em detrimento de outros que pagavam o ICMS na importação; 3) trazia prejuízo injustificável à Fazenda Pública, pois, na hipótese inversa, de mercadorias exportadas para pessoa física estrangeira, a mercadoria é desonerada do ICMS (art. 155, § 2º, inc. X, al. "a" da CRFB/1988)⁹⁸. Tais aspectos, contudo, não foram debatidos no precedente que originou o entendimento jurisprudencial do STF.

A nosso ver, portanto, trata-se de típico caso de correção legislativa, que buscou superar entendimento jurisprudencial que, ao privilegiar os aspectos semânticos do enunciado constitucional, acabou por ignorar as sérias distorções que a jurisprudência formada causava no sistema constitucional do ICMS e o aspecto internacional da incidência tributária na hipótese. Além disso, o entendimento jurisprudencial não atentou para as consequências sistêmicas que poderia ocasionar: desequilíbrio nos preços entre mercadorias nacionais e importadas, com possível prejuízo para a indústria nacional, e criação de distinção entre importadores brasileiros (com violação ao princípio da igualdade tributária — art. 150, inc. II). Desta forma, a decisão judicial do STF nos parece plenamente criticável também à luz dos questionamentos relativos às questões ligadas aos aspectos institucionais da interpretação, ventiladas por Sunstein e Vermeule no estudo já mencionado, de forma que a correção legislativa foi plenamente justificada.

É certo que já houve manifestações doutrinárias levantando dúvidas em relação à constitucionalidade da alteração realizada pela EC nº 33/2001. Neste sentido, Clélio Chiesa questiona a possibilidade da modificação em exame⁹⁹, argumentando que a CRFB/1988 introduziu "regra de fechamento do sistema constitucional tributário brasileiro" por meio da combinação do art. 154, inc. I, e dos arts. 155 e 156, estabelecendo que a instituição de novos impostos pela União só seria admissível se fossem não-cumulativos e não tivessem fato gerador ou base de cálculo própria dos impostos já discriminados na Constituição. Essa regra seria insuscetível de modificação mesmo por emenda, pois integraria o conjunto de direitos e garantias do cidadão em matéria tributária (art. 60, § 4º, inc. IV). Desta forma, a nova redação trazida pela EC nº 33/2001, ao possibilitar a incidência do ICMS na importação realizada por pessoa física, teria feito incidir novo imposto, além do imposto de importação, na operação realizada¹⁰⁰.

⁹⁸ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 320.

⁹⁹ Clélio Chiesa, EC 33: dois novos impostos rotulados de ICMS, *Revista Dialética de Direito Tributário* 90, 2003, p. 37.

¹⁰⁰ Também sustentam a inconstitucionalidade da inovação, em linha semelhante, Luiz Alberto Pereira Filho e Vicente Brasil Júnior, A inconstitucionalidade do ICMS nas importações: análise da EC 33/2001, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 47, 2002, p. 149-60. Em sentido diverso, Gabriel Lacerda Troianelli, embora adotando tom crítico em relação à mudança efetuada pela EC nº 33/2001, não vislumbra nenhuma cláusula pétreia que pudesse impedir a alteração constitucional em exame (Gabriel Lacerda Troianelli, A Emenda Constitucional nº 33/01 e o ICMS incidente na importação de bens. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *O ICMS e a EC 33*, 2002, p. 77-92).

Não concordamos com a posição aludida, pois, com fulcro nas razões já mencionadas, entendemos que não houve criação de novo imposto, que poderia, em tese, atrair a incidência do art. 154, inc. I da CRFB/1988. Ainda assim, parece questionável pretender que a regra contemple cláusula pétrea que configuraria direito individual, insuscetível de modificação pelo constituinte derivado, pois tal raciocínio poderia conferir excessivo grau de inalterabilidade ao sistema tributário, insustentável à luz de considerações relativas ao princípio democrático. A modificação introduzida pela EC nº 33/2001 não criou novo imposto, apenas corrigiu uma hipótese de não-incidência do ICMS reconhecida pela jurisprudência, mas incompatível com a mecânica da incidência do imposto considerando a circulação internacional de bens e mercadorias.

Outra linha de argumentação utilizada para questionar a constitucionalidade da alteração promovida pela EC nº 33/2001 é relativa à suposta violação do princípio da não-cumulatividade. Neste sentido, Paulo Nelson Lemos Basto Nascimento argumenta que, na hipótese de a importação do bem ser realizada por pessoa física, o princípio em exame não poderá ser aplicável, pois a pessoa não praticará operações posteriores de circulação da mercadoria que propiciará os procedimentos compensatórios típicos da não-cumulatividade. Ou seja, a pessoa física suportará sozinha a carga tributária do ICMS na operação de importação¹⁰¹. Em sentido semelhante, Cristiano Maciel Carneiro Leão sustenta que a nova regra criada pela EC nº 33/2001 não seria inconstitucional em tese, desde que os legisladores estaduais adotem medidas que garantam a observância do princípio da não-cumulatividade. Caso tal circunstância não ocorra, a norma seria inconstitucional¹⁰².

Não é necessário perquirir acerca da configuração, ou não, do princípio da não-cumulatividade como direito individual suscetível de proteção como cláusula pétrea para refutar a argumentação explicitada. A incidência do ICMS na hipótese de importação por pessoa física, como destaca Ricardo Lobo Torres, deve ser compreendida como a última etapa da circulação internacional da mercadoria, em razão do princípio do país de destino. Assim compreendida a operação, resta evidenciada a circunstância de que inexistente violação ao princípio da não-cumulatividade.

101 Paulo Nelson Lemos Basto Nascimento, ICMS: importação de bens para uso próprio e a emenda constitucional nº 33/01, *Revista Dialética de Direito Tributário* 86, 2002, p. 109. Em sentido semelhante, Simone Rodrigues Duarte da Costa, O direito de crédito do ICMS e sua incompatibilidade com a EC 33/2001, *Revista de Direito Tributário* 91, 2004, p. 273. E ainda: Marcelo Viana Salomão, O ICMS na importação após a Emenda Constitucional nº 33/2001. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *O ICMS e a EC 33*, 2002, p. 160.

102 Cristiano Maciel Carneiro Leão, *A Emenda Constitucional 33/01 e o "novo" ICMS — Importação: manutenção da "transferência de titularidade" como núcleo constitucional da materialidade do ICMS — Importação*, 2007. Dissertação do Mestrado em Direito.

V.4. A EC nº 39/2002 e a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública

O STF, no julgamento do RE nº 233.332¹⁰³, firmou entendimento no sentido de que o serviço de iluminação pública não poderia ser custeado por intermédio de taxa, em razão de constituir serviço inespecífico e indivisível. O tema dividia a doutrina tributária. Ruy Barbosa Nogueira sustentava a inconstitucionalidade da exação¹⁰⁴. Geraldo Ataliba¹⁰⁵, Bernardo Ribeiro de Moraes¹⁰⁶ e Sampaio Dória¹⁰⁷ admitiam a constitucionalidade da taxa na hipótese.

A EC nº 39/2002, de nítido caráter corretivo da jurisprudência, estabeleceu: "Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III". A correção legislativa, a nosso ver, foi plenamente justificável, pois, conforme leciona Ricardo Lobo Torres, a jurisprudência formada no âmbito do STF, ao considerar que o serviço não seria suscetível de utilização individual, concentrou-se apenas no aspecto material (físico) da prestação, desconsiderando a possibilidade da divisão ideal da prestação entre os beneficiários¹⁰⁸.

O STF, no julgamento do RE nº 573.675¹⁰⁹, já reconheceu a constitucionalidade da EC nº 39/2002, já tendo ocorrido esse reconhecimento em sede doutrinária por Ricardo Lobo Torres¹¹⁰, Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹¹¹ e Aurora Tomazini de Carvalho¹¹².

No entanto, algumas vozes doutrinárias declararam a inconstitucionalidade da medida adotada pelo constituinte derivado. Neste sentido, Regina Helena Costa¹¹³ sustentou a inconstitucionalidade da EC nº 39/2002 em virtude de

103 STF, DJ 14 mai. 1999, RE nº 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão.

104 Ruy Barbosa Nogueira, *Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública*, 1981, apud Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 646.

105 Geraldo Ataliba, *Imposto predial urbano e taxas de serviços urbanos*, 1970, apud Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 646.

106 Bernardo Ribeiro de Moraes, *Doutrina e prática das taxas*, 1976, p. 152.

107 Sampaio Dória, *Área de imóveis e base impositiva*, 1977, apud Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 646.

108 Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 648.

109 STF, DJ 21 mai. 2009, RE nº 573.675/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski — Informativo STF nº 540.

110 Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, 2005, p. 647.

111 Paulo Roberto Lyrio Pimenta, *Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública*, *Revista Dialética de Direito Tributário* 95, 2003, p. 100-8.

112 Aurora Tomazini Carvalho, O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, *Revista de Direito Tributário* 91, 2004, p. 239-50.

113 Regina Helena Costa, *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*,

alegada violação ao art. 60, § 4º, inc. III da CRFB/1988, que estabelece a separação de poderes como cláusula pétrea. Nesta linha, sustenta a autora que a Emenda seria inconstitucional, pois teria subvertido interpretação já conferida ao tema pelo STF. Ousamos discordar do entendimento, tendo em vista as considerações anteriormente explicitadas relativas à legitimidade do legislador como intérprete da Constituição. Neste sentido, deixamos evidenciado que a aferição da constitucionalidade de emendas corretivas deve ser feita em relação a seu conteúdo material.

Aires F. Barreto¹¹⁴ também sustentou a inconstitucionalidade da nova exação, alegando suposta ofensa ao art. 60, § 4º, inc. I e IV da CRFB/1988, visto que criou tributo não previsto na repartição constitucional de competências, que constituiria suposto direito individual do contribuinte. Também não conseguimos vislumbrar nenhuma das alegadas inconstitucionalidades apontadas pelo autor. A criação do mencionado tributo por emenda constitucional não implica qualquer tentativa de abolir "a forma federativa de Estado", nem é possível extrair da simples repartição das competências tributárias realizada pela CRFB/1988 um suposto direito individual do contribuinte de não sofrer novas imposições tributárias por emenda constitucional.

VI. Conclusões

1) A correção legislativa da jurisprudência manifesta a insatisfação do Poder Legislativo com determinado entendimento jurisprudencial considerado equivocado acerca da interpretação de determinado tema. A intensificação de seu emprego no constitucionalismo atual pode ser explicada pela franca ascensão do Poder Judiciário e dos precedentes judiciais no âmbito da interpretação constitucional, de forma que as divergências de interpretação entre Judiciário e Legislativo em torno dos conteúdos constitucionais tendem a aumentar de forma significativa.

2) A doutrina da supremacia judicial na interpretação constitucional é defendida na doutrina norte-americana por Frederick Schauer e Larry Alexander, com base em argumentos eminentemente práticos acerca da necessidade, para a estabilidade institucional do país, da existência de uma instituição que detenha a autoridade de definir a interpretação dos conteúdos constitucionais de forma obrigatória para os outros poderes. A supremacia judicial também encontra de-

2009, p. 139. Em sentido semelhante, José Marcos Domingues de Oliveira sustenta a inconstitucionalidade da Emenda com fulcro também em alegada violação do art. 60, § 4º, III, da CRFB/1988, pois o constituinte derivado teria ofendido a interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal (José Marcos Domingues de Oliveira, A chamada contribuição de iluminação pública (Emenda Constitucional nº39 de 2003), *Revista de Direito Administrativo* 233, 2003, p. 302).

¹¹⁴ Aires F. Barreto e Ives Gandra da Silva Martins, IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº 29/2000 é inconstitucional, *Revista Dialética de Direito Tributário* 80, 2002, p. 513-9.

fensores que enfatizam o papel da Suprema Corte na proteção de direitos fundamentais, como a doutrina de Ronald Dworkin.

3) A doutrina da supremacia judicial, e também o próprio instituto da *judicial review*, sempre foram objeto de intensas críticas por parte da doutrina norte-americana. Atualmente, tais críticas podem ser divididas em dois grandes campos. O primeiro compreende a crítica acerca da legitimidade democrática da supremacia judicial, exacerbada nos últimos anos por intermédio de um movimento conhecido como constitucionalismo popular, cuja característica principal é negar a legitimidade do Poder Judiciário como o intérprete mais qualificado da Constituição, defendendo a ideia de que tal missão compete ao povo, por intermédio das instâncias representativas. O segundo, surgido mais recentemente, concentra esforços nas limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário.

4) A teoria do diálogo constitucional surge no ambiente constitucionalista como tentativa de atingir conciliação entre supremacia judicial e supremacia legislativa na interpretação constitucional. Cuida-se de doutrina que encontrou, com algumas críticas, respaldo em significativa parcela da doutrina canadense, bem como em alguns julgados da Suprema Corte daquele país. A teoria do diálogo constitucional conta com importantes adeptos no âmbito da doutrina norte-americana, inclusive na ciência política. O cerne da doutrina consiste na afirmação de que a interpretação constitucional não pode ser monopólio do Poder Judiciário, visto que o sentido das cláusulas constitucionais deve ser construído por intermédio da contínua interação entre os Poderes do Estado.

5) O direito constitucional positivo brasileiro inclina-se a favor do reconhecimento da supremacia judicial exercida pelo STF em matéria de interpretação constitucional. No atual estágio do constitucionalismo brasileiro, a supremacia judicial advinda do exercício da jurisdição constitucional cumpre relevante papel de garantia da efetividade das normas constitucionais, conquista que o Brasil somente experimentou verdadeiramente após a promulgação da CRFB/1988. Todavia, há elementos de direito positivo constitucional e considerações ligadas ao perfil analítico da Carta de 1988 que militam a favor do entendimento de que o Poder Legislativo deve ser também considerado um intérprete legitimado da Constituição.

6) Nesta linha de raciocínio, as ideias centrais da doutrina do diálogo constitucional podem cumprir relevante papel no direito constitucional brasileiro como forma de evitar uma concepção de supremacia judicial extremada que possa ser adotada pelo STF, com evidentes prejuízos de ordem democrática. Neste ponto, a correção legislativa da jurisprudência, sendo uma das manifestações mais eloquentes das ideias do diálogo constitucional, pode servir como instrumento legítimo de participação do Poder Legislativo no processo de interpretação constitucional no País.

7) A correção legislativa da jurisprudência desempenha relevante papel no direito constitucional tributário brasileiro. Parcela significativa da doutrina tri-

butária brasileira permanece apegada a uma concepção positivista em relação à temática tributária, privilegiando o valor da segurança jurídica em detrimento de outros valores constitucionais como a capacidade contributiva e a igualdade. Em algumas situações, a jurisprudência pode incorporar tais padrões e produzir decisões que reproduzem tal visão, abrindo espaço para a atuação do legislador por intermédio da correção legislativa da jurisprudência. Parcela da doutrina tributária também empreende interpretação maximizadora das cláusulas pétreas tributárias, incompatíveis com os recentes aportes da doutrina constitucionalista acerca da necessária observância do parâmetro democrático no controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

8) Pelo menos quatro emendas constitucionais tiveram nítido caráter corretivo da jurisprudência do STF em matéria constitucional tributária. A EC nº 20/1998 modificou a redação do art. 195, inc. I da CRFB/1988 para superar entendimento do STF que conferia sentido restrito à expressão "folha de salários". A EC nº 29/2000 explicitou a possibilidade da progressividade fiscal do IPTU; a EC nº 33/2001 reconheceu a incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física, e a EC nº 39/2002 instituiu a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. Inexiste qualquer mácula de inconstitucionalidade nas emendas mencionadas.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. *As Emendas Constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ANDRADE, Valentino Aparecido de. Os impostos reais e a progressividade fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 89, p. 106-115, 2003.
- ANTONELLI, Leonardo Pietro. Correção de decisões judiciais pelo poder legislativo. In: Torres, Ricardo Lobo (org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-191.
- _____. O limite das reformas constitucionais em matéria tributária. In: Pires, Adilson Rodrigues; Torres, Heleno Taveira (orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 691-718.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, p. 77-105.
- _____. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 53, 2000.
- BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the se-

paration-of-powers doctrine. In: Miller, Mark C.; _____ (eds.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 35-50.

- BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Martins, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº 29/2000 é inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 80, p. 105-126, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro: COAD, p. 34-40, 2009.
- BATISTA, Clayton Xavier. É possível a progressividade de alíquotas no ITCMD? *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 132, p. 40-47, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.
- BERNATCHEZ, Stéphanie. *Juger les lois: la légitimité démocratique et la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité*. Montreal: Faculdade de Direito da Universidade de Montreal, 2006. Tese (Doutorado em Direito).
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOTTALLO, Eduardo. Imposto sobre transmissão 'causa mortis' e doação e progressividade. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, p. 201-205, 2000.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação. Elementos para uma teoria sistemática do Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação

- pública. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 91, p. 239-250, 2004.
- CHIESA, Clélio. EC 33: dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 90, p. 21-48, 2003.
- CLÉVE, Clemerson Merlin; Sehn, Sólón. IPTU e Emenda Constitucional nº 29/2000; legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 94, p. 133-139, 2003.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Simone Rodrigues Duarte da. O direito de crédito do ICMS e sua incompatibilidade com a EC 33/2001. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 91, p. 263-275, 2004.
- DERZI, Mizabel. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILUETI, Fernando Aurélio (coords.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- _____. Interpreting the Constitution: more than what the Supreme Court says. *Extensions*. Norman, OK: Carl Albert Congressional Research and Studies Center — University of Oklahoma, p. 2-7, Fall 2008.
- _____. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: Miller, Mark C.; Barnes, Jeb (Eds.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 153-169.
- FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v. 91, n. 4, p. 577-562, 1993.
- _____. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. *Yale Law Journal*. New Haven, CT: Yale Law School, v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.
- HARRIGER, Katy J. Cues and miscues in the constitutional dialogues. *The Review of Politics*. Notre Dame, IN: The University of Notre Dame, v. 60, n. 3, p. 497-524, 1998.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn't such a bad thing after all. *Osgoode Hall Law Journal*. Toronto: Osgoode Law School, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional 33/01 e o "novo" ICMS — Importação: manutenção da "transferência de titularidade" como núcleo constitucional da materialidade do ICMS — Importação*. São Paulo: Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2007. Dissertação (Mestrado em Direito).
- LECLAIR, Jean. Judicial review in Canadian constitutional law: a brief overview. *The George Washington International Law Review*. Washington, DC: George Washington University, v. 36, n. 3, p. 543-555, 2004.
- _____. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*. Québec: Barreau du Québec, nº Esp., p. 377-420, 2003.
- LÔBO, Marcelo Jatobá. A progressividade fiscal do IPTU à luz do princípio hermenêutico da unidade da constituição. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 89, p. 259-267, 2004.
- LOPES, Roberto da Motta Salles Carvalho de. *Justiça tributária: igualdade no tributo e igualdade pelo tributo*. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Público).
- MACHADO, Hugo de Brito. A progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 81, p. 56-79, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Breves considerações sobre os aspectos relativos ao ICMS introduzidos pela EC nº 33/2001. In: Rocha, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 111-119.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política).

- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), v. 23, n. 66, p. 11-43, 2008.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MORGADO, Cíntia Guimarães. Correção legislativa no sistema de freios e contrapesos. *XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. Porto Seguro: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia / Associação Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal (ANAPE), 8 out. 2007.
- MURPHY, Liam; Nagel, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS: importação de bens para uso próprio e a emenda constitucional no. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 86, p. 103-110, 2002.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública (Emenda Constitucional nº 39 de 2003). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 295-310, 2003.
- OST, François. Jupiter, Hercule, Hèrmes: trois modèles du juge. In: BOURETZ, Pierre (org.). *La force du droit: panorama des débats contemporains*. Paris: Esprit, 1991, p. 241-272.
- PEREIRA FILHO, Luiz Alberto; BRASIL JÚNIOR, Vicente. A inconstitucionalidade do ICMS nas importações: análise da EC 33/2001. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 149-160, 2002.
- PESSÔA, Leonel Cesarino. IPTU, progressividade e a EC 29/2000: o julgamento do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 74, p. 209-215, 2007.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 95, p. 100-108, 2003.
- PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 12, p. 181-205, 2008.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. A constitucionalização do direito tributário. In: _____. *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-23.
- _____. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Conceitos indeterminados, discricionariedade e tributação. In: _____. *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 105-127.
- _____. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. O princípio da capacidade contributiva. In: _____. *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203-234.
- SALOMÃO, Marcelo Viana. O ICMS na importação após a Emenda Constitucional nº. 33/2001. In: Rocha, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 141-165.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; _____, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-322.
- _____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-205.
- SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. *California Law Review*. Berkeley, CA: Boalt Hall School of Law, University of California, v. 92, p. 1.045-1.067, 2004.
- SCHAUER, Frederick; Alexander, Larry. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*. Cambridge, MA: The Harvard Law Review Association v. 110, p. 1.359-1.387, 1997.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SUNSTEIN, Cass.; Vermeule, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v. 101, p. 885-951, 2003.
- TEIXEIRA, Ayrton de Mendonça. IPTU e progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 80, p. 20-23, 2002.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Trad. (18. ed. alemã) Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TROIANELLI, Gabriel Lacerda. A Emenda Constitucional nº. 33/01 e o ICMS incidente na importação de bens. In: Rocha, Valdir de Oliveira (Coord.). *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 77-92.
- _____. A vacina contra a inconstitucionalidade. In: Peixoto, Marcelo Magalhães; Fernandes, Edison Carlos (Orgs.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 207-214.
- TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*. New York: New York University School of Law, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.
- TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v. 101, n. 9, p. 2.781-2.802, 2003.
- _____. Interpretation in legislatures and courts: incentives and institutional design. In: Bauman, Richard W.; Kahana, Tsvi (Eds.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 468-479.
- _____. Non-judicial review. *Harvard Journal on Legislation*. Cambridge, MA: Harvard Law School, v. 40, p. 453-492, 2003.
- _____. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- _____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VALLE, Vanice Lirio do. Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos separation of power games. In: Duarte, Fernanda; Vieira, José Ribas (Orgs.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105-153.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 12, p. 55-75, 2008.

A IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA NO DIREITO ALEMÃO E BRASILEIRO

Ricardo A. Saavedra Hurtado¹

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A admissibilidade de leis tributárias retroativas no direito alemão; II.1. Fundamentos constitucionais do direito alemão; II.2. Breve histórico da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão; II.3. Críticas procedidas pela doutrina alemã. III. A admissibilidade de leis tributárias retroativas no direito brasileiro; III.1. Fundamentos constitucionais do direito brasileiro; III.2. Breve histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; III.3. Críticas procedidas pela doutrina brasileira. IV. Comparação entre as realidades jurídicas brasileira e alemã. V. Método na análise do princípio da Segurança Jurídica e de seus subprincípios tributários e da regra da irretroatividade tributária. VI. Conclusão.

I. Introdução

Segurança jurídica e proteção da confiança do contribuinte detêm papel fundamental no Direito Tributário. Estes produtos do princípio do Estado de Direito² são a base para o planejamento do contribuinte, que configura seu compor-

¹ Mestre em Direito e doutorando pela Universidade de Colônia/Alemanha.

² Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, 2008, p. 147; Stefan Muckel, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, 1989, p. 60; Stefan Weinheimer, *Steuerliche Rückwirkung — ein umfassendes Problem: Bestandsaufnahme und Neuansatz*, 1991, p. 18; Klaus Tipke, *Steuerrechtsordnung*, 2000, p. 147; Joachim Lang. In: Joachim Lang and Klaus Tipke (eds.), *Steuerrecht*, 2008, §4 R nº 50. Idem na tradução ao português: Joachim Lang and Klaus Tipke (eds.), *Direito Tributário*, 2008, §4, R nº 50. Trad. Luiz Dória Furquim (Todas as demais citações a esta obra serão feitas com base na obra original em alemão, a mesma correspondência foi mantida na obra traduzida). Confira-se, ainda, o julgado da Corte Constitucional Alemã: BVerfG, v. 19 dez. 1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261, 271.