

DO ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DO ENTENDIMENTO DO STF NO RE 492842 / RN

Michelle de Mendonça Cavalcanti

Discente do curso de Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu (UNIG),
Nova Iguaçu, RJ, Brasil
michelle.cavalcanti@gmail.com

Anna Paula Oliveira Mendes

Advogada pública e Professora de Direito Eleitoral da Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil
annapaula.om@gmail.com

Anna Beatriz Esser

Doutora em História pelo Programa de Pós-Graduação em História Comparada da
Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGHC/IH/UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil
annaesser@hotmail.com

RESUMO

Diante da atual conjuntura de lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e da inércia apresentada pelo Poder Executivo, abre-se espaço para o aumento do Ativismo Judicial. O presente trabalho apresentará, de forma simples, como o ativismo judicial deve ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Porém, antes disso, será apresentado a teoria da separação dos poderes e sua definição concebida por Montesquieu, bem como se fará uma ligação entre a democracia e a separação dos poderes. Ainda, se trará o conceito de ativismo judicial – movimento que tem ganhado contornos expressivos no cenário judicial brasileiro -, de controle de constitucionalidade, e o elo entre esses dois elementos com a função precípua do STF, a saber, de ser o guardião da Constituição Federal. Assim, será falado brevemente sobre os contornos do ativismo judicial no que tange à matéria tributária e, por fim, se demonstrará qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sob a ótica do julgado do RE 492842 / RN. A metodologia aplicada será basicamente a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial em matéria tributária.

JUDICIAL ACTIVISM IN TAX MATTERS: A CASE STUDY ABOUT THE UNDERSTANDING OF THE STF IN RE 492842 / RN

ABSTRACT

In view of the current situation of gaps left by the Legislative Branch and the inertia presented by the Executive Branch, there is room for an increasing increase in Judicial Activism. This paper will present in a simple way how judicial activism should be exercised by

the Supreme Federal Court in tax matters. However, before that, the Theory of the Separation of Powers and its definition conceived by Montesquieu will be presented in addition to linking democracy and the separation of powers. Bring the concept of judicial activism - a movement that has gained expressive contours in the Brazilian judicial scenario - control of constitutionality and the link between these two elements with the primary function of the Supreme Court, namely, Guardian of the Federal Constitution. Briefly talk about the contours of judicial activism with regard to tax matters and, finally, understand the position of the Supreme Federal Court from the perspective of the judgment of RE 492842 / RN. The applied methodology will be basically the bibliographic research.

Keywords: Separation of Powers. Constitutionality Control. Judicial Activism in Tax Matters.

Recebido em: 27/01/2021.

Aceito em: 22/02/2021.

1 INTRODUÇÃO

O cenário judicial brasileiro vem ganhando contornos expressivos. As mudanças que vêm acontecendo no Poder Judiciário vão além da aplicação das leis. Diante da inércia exercida pelo demais poderes, o Judiciário tem assumido um papel importante de concretizador dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal. Frente às lacunas deixadas pelo Legislativo e as omissões realizadas pelo Executivo, surge o Ativismo Judicial, ganhando notoriedade, em especial, o exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

No segundo tópico deste trabalho, será abordada a Teoria da Separação dos Poderes, em que cada Poder exerce uma função muito bem determinada, como Barão de Montesquieu elaborou essa tese e, até hoje, esta é adotada, na teoria, como modelo no Brasil. Ainda, será abordado como cada Poder trabalha com suas funções bem definidas de forma a evitar a centralização do poder nas mãos de um único mandatário e como esse modelo é importante para a democracia.

No terceiro tópico, será tratado sobre o ativismo judicial de forma generalizada, trazendo o conceito e uma brevíssima explanação de onde surgiu o instituto. Tratar-se-á, também, sobre como o ativismo judicial está fortemente atrelado com a promulgação da Constituição Federal, em outubro de 1988, e como essa Constituição Cidadã despertou o sentimento de cidadania, o que ascendeu o Judiciário, requerendo deste Poder uma atuação mais proativa em face à interpretação constitucional, falando-se inclusive num neoconstitucionalismo.

No quarto tópico, será abordado o ativismo judicial ligado à matéria tributária, trazendo, também, um estudo de caso como um exemplo da atuação do STF no campo tributário e que não há grandes margens para a aplicação do ativismo judicial nessa matéria. A Constituição Federal traz princípios e normas que buscam trazer segurança jurídica e proteção ao cidadão. Nesse contexto, o papel do STF é fazer o elo entre as limitações impostas pela CF, as lacunas deixadas pelo Legislativo e principalmente a proteção à parte mais fraca da relação – o contribuinte, devendo fazê-lo de forma sistemática e técnica.

A metodologia aplicada no trabalho basicamente a pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudência e artigos acadêmicos.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Teoria da Separação dos Poderes

A composição dos poderes adotada pelo Brasil foi o modelo funcional da Teoria da Separação do Poderes elaborada por Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède, mais conhecido como Montesquieu. O Barão criticou arduamente a monarquia absolutista.

O filósofo francês elaborou a teoria política, em que, hoje, conhecemos como modelo tripartite, dividindo os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Segundo Montesquieu, a separação tripartite limita o poder estatal, dividindo-o na seguinte forma: o Poder Executivo deve permanecer nas mãos de quem executa:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos (MONTESQUIEU, 1919, p. 211).

Sobre o Poder Legislativo, o mesmo deve fazer as leis ou alterá-las. Nessa linha assevera o Barão:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas (MONTESQUIEU, 1919, p. 217).

Acerca do Poder Judiciário, sua função é apenas julgar, não podendo ser criador de leis, apenas aplicá-las. Montesquieu retrata em sua obra, “Do Espírito das Leis”, que: “chamaremos este último o poder de julgar” (MONTESQUIEU, 1919, p. 217).

Ainda em sua obra, nos traz a definição de que a democracia está diretamente ligada ao governo Republicano. Em sua obra, o filósofo é categórico ao afirmar:

Quando, numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma Aristocracia. O povo, na democracia, é, sob alguns aspectos, o monarca; sob outros, o súdito. O povo só pode ser monarca pelos sufrágios, que constituem suas vontades, A vontade do soberano é o próprio soberano. As leis que estabelecem o direito de sufrágio são, portanto, fundamentais nesse governo. (MONTESQUIEU, 1919, p. 86)

A Teoria da Separação dos Poderes é tratada de forma que não exista a concentração do império nas mãos de uma única pessoa, mas que haja um equilíbrio entre os poderes. Dirley da Cunha Júnior, em seu artigo, diz que:

O princípio da separação de poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, do modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial. (CUNHA, 2016, p. 155).

Tal princípio é um limite constitucional ao poder do Estado que visa coibir a centralização do exercício do poder e conseqüentemente evitar abusos por parte de quem detém o poder.

Trata-se de um princípio positivado na Constituição Federal, em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

2.2 Da Democracia e a separação dos Poderes

De origem grega, a palavra democracia que em sua etimologia é dividida em *demos* (povo) + *kratos* (poder). De acordo com Norberto Bobbio (1986):

A regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. (BOBBIO, 1986, p. 10).

Trazendo o conceito de José Afonso da Silva (2016):

A democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (SILVA, 2016, p. 128).

Para o jurista (SILVA, 2016, p. 128), histórico é o conceito de democracia, pois nada mais é que um aparato de execução de valores primordiais para que haja a convivência pacífica entre os homens. Valor histórico esse que evidencia que o poder se encontra na vontade popular. Dessa forma, a democracia não é apenas uma definição política, mas um

processo de construção de garantias fundamentais do povo para o povo sendo alicerçado ao longo do tempo.

Dessa forma, podemos entender, conforme apregoa a Carta Magna de 1988, que “todo o poder emana do povo”, que o exerce de forma direta ou indireta e que sua tradução reforça que o bem comum tem de ser revertido em proveito da nação (BRASIL, 1988).

Como já explicitado acima, o Princípio da Separação dos Poderes é um limite constitucional que tende a refrear excessos. E qual seu papel junto à democracia?

A importância da democracia junto à separação dos poderes é de extrema importância para que haja a efetividade dos direitos e garantias fundamentais da população bem como essa coligação garante que o poder não ficará concentrado nas mãos de um órgão, uma pessoa ou de um Poder, evitando dessa forma, o exercício autoritário de poder. Conforme demonstra Montesquieu:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade; porque se pode recear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1919, p. 217)

Logo, a separação, a independência e a harmonia entre os Poderes limita, controla e traz legitimidade ao exercício democrático do Direito.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial surgiu nos Estados Unidos. Em 1803, inaugura-se o Controle de Constitucionalidade em face das leis através do caso *Marbury vs. Madison*, em que o Juiz que presidia a sessão, à época, afirmou que era prerrogativa judicial revisar os demais poderes para garantir a supremacia a qual se baseia a Constituição (LEVY, 1990 apud TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 138). Nos entremeios de 1953 a 1969, foi o auge desse fenômeno, em que decisões proferidas pela Corte Warren, marcada por um intenso ativismo, causaram uma revolução constitucional as quais influenciaram atividades de outras cortes americanas. Conforme mostra Luís Roberto Barroso (2012):

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. (BARROSO, 2012, p. 9).

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, ascendeu o sentimento de cidadania ficando em evidência o papel jurídico-político, estreitando cada vez mais o Direito com a Política. A Carta Magna de 88, com seu caráter social, dá ao Judiciário um poder maior para que se faça valer os direitos sociais, individuais e coletivos (BRASIL, 1988). Mas o que seria o ativismo judicial? Nas palavras de Elival da Silva Ramos (2015):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2015, p. 131)

Nos ensina Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6).

Pode-se assim dizer que o ativismo judicial é uma forma de interpretar a Constituição Federal de maneira expressiva e proativa, retirando dela conceitos, preceitos não expressos pelo legislador constituinte. Os Tribunais Superiores, em especial, o STF, por ser o Guardião da Lei Maior, vem exercendo essa atuação ativista de forma expressiva. No Brasil, a presença ativista do Supremo Tribunal Federal vem conquistando cada vez mais espaço. Para Campos (2014, p. 152), “o Supremo também tem sido representativo de anseios e percepções sociais”. Exemplo disso foram as decisões da Suprema Corte acerca da união homoafetiva e do aborto de feto anencéfalo.

Outra questão que se faz afirmar cada vez mais a atuação proativa do STF se deve a diminuição da confiança popular ao Parlamento. A sociedade cada dia mais se encontra descrente com a classe política, transferindo ao Poder Judiciário suas demandas,

principalmente no que concerne os direitos fundamentais e individuais, reforçando dia após dia a disciplina adjudicatória do Guardião da Constituição.

O Ativismo representa uma intensificação do intérprete da lei em decifrar a Constituição e potencializar o sentido das normas. Além disso, é uma forma de contornar as lacunas referentes às necessidades sociais deixadas pelo poder responsável por fazê-lo.

O Ministro Celso de Mello ressalta quão importante se faz a atuação do Poder Judiciário no que tange ao ativismo judicial, pois resulta na possibilidade de positivação de direitos constitucionais que por vezes são desrespeitados por omissões latentes dos demais poderes (MELLO, [2008?], p. 9).

Dessa forma, o ativismo tem sido visto não como um problema, mas como solução aos problemas sociais.

3.1 O Ativismo Judicial e o Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial tem uma relação forte quando se trata de Constituição no Brasil, principalmente com o advento da Carta Magna de 1988 que fortaleceu o papel do Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal. Antes de associá-los, necessário se faz falar do controle de constitucionalidade.

3.1.1 O Controle de Constitucionalidade

Quando se fala de Poder Constituinte, trata-se daquele poder que inaugura uma Constituição Nova, trazendo elementos de validade a todo ordenamento jurídico, não guardando qualquer forma de subordinação à ordem jurídica anterior.

Segundo Hans Kelsen (1998), as normas jurídicas estão organizadas de forma escalonada, em níveis hierárquicos dessemelhantes, de forma que as normas inferiores retiram seus fundamentos de validades de uma norma superior.

Segundo explicita o jurista em sua obra Teoria Pura do Direito:

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra- infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das

outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (KELSEN, 1998, p. 155).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ocupa o espaço de supremacia no ordenamento jurisdicional, sendo a norma fundamento de cotejo para todas as demais normas.

E o que seria o Controle de Constitucionalidade? Dá-se o nome de Controle de Constitucionalidade a aferição, o confronto de validade entre as normas infraconstitucionais face à Constituição Federal. Diante do resultado desse confronto, as normas são consideradas constitucionais ou inconstitucionais.

O legislador originário definiu qual seria o órgão competente para realizar essa função de controle, cabendo ao Poder Judiciário, em regra, exercer o controle de constitucionalidade. Entretanto, de forma excepcional, os demais poderes também podem exercer essa função.

Existem dois modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil: o difuso e o concentrado. É este o posicionamento de José Afonso da Silva (2016, p. 52):

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial. (SILVA, 2016, p. 52).

Os instrumentos utilizados para fazer valer esse controle são: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

3.1.2 O Ativismo Judicial e o Controle de Constitucionalidade

O Ativismo Judicial e o Controle de Constitucionalidade estão intimamente interligados. Como já dito anteriormente, com o advento da Constituição de 1988, o Judiciário ganhou certa notoriedade, principalmente por ter sido “dado” a ele o papel de preencher as omissões deixadas pelo Legislativo, e assim criando normas em busca da efetivação dos direitos constitucionais, usando instrumentos de controle como ADI, ADC,

ADPF, ADO (BRASIL, 1988). Exemplos disso foram os julgados da ADPF nº 54 que trata sobre o aborto de feto anencéfalo bem como a ADI 4254 que trata da incidência do PIS/COFINS sobre revenda de veículos novos:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade dos incs. III e V do § 1º do art. 65 da Lei n. 11.196, de 21.11.2005, nos termos do voto da Relatora. O Ministro Luiz Fux acompanhou a Relatora com ressalvas. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020. (BRASIL, 2020).

Logo, hoje, o controle de constitucionalidade é um instrumento usado pelo STF para colocar em prática o ativismo judicial e suprir lacunas, deficiências deixadas pelos demais poderes e fazer valer a defesa democrática.

4 DO ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Sistema Tributário Brasileiro encontra-se positivado em diversos diplomas legais, como, por exemplo, o Código Tributário Nacional, a Lei Complementar nº 87/1996 – mais conhecida como Lei Kandir, a Lei Complementar nº 116/2003, porém é na Constituição Federal que se encontra a função primária de impor limites ao poder estatal de tributar (BRASIL, 1988, 1996, 2003). Ao cumprir essa função, a Carta Magna de 1988 traz regras de repartição de competência bem como positiva princípios que irão determinar os limites desta competência. É este o posicionamento de Ricardo Lobo Torres (2018, p. 29):

O poder financeiro ou soberania financeira do Estado, pois, radica no próprio art. 5º da CF, ou seja, no direito de propriedade. A soberania financeira, que é do povo, transfere-se limitadamente ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar. Não é o Estado que se autolimita na Constituição. Como querem os positivistas, senão que já se constitui limitadamente, no espaço aberto pelo consentimento. O tributo, por conseguinte, sendo embora o preço e a garantia da liberdade, já nasce limitado pela própria autolimitação da liberdade. A CF, nos artigos 150 a 152, cuida das limitações ao poder de tributar. (TORRES, 2018, p. 29).

Dessa forma, os princípios tributários são garantias aos cidadãos, como legalidade, isonomia, irretroatividade, segurança jurídica, vedação ao confisco, entre outros. Para Leandro Paulsen (2019), em sua obra Curso de Direito Tributário Completo, a limitação ao

poder de tributar tem o condão de preservação e respeito à segurança jurídica, liberdade, forma federativa do Estado e proteção ao contribuinte.

Os princípios são normas de eficácia plena, dessa forma, não necessitam de legislação infraconstitucional, sua aplicação é imediata.

Assim pensando, não haveria aso para o ativismo judicial em matéria tributária. Não havendo, pois, espaço para que o julgador legislasse sobrando-lhe apenas a hipótese, se for o caso, de ampliação dos direitos dos contribuintes. Exemplo importante disso se trata quando o julgador declara a inconstitucionalidade de leis que afrontem a Constituição Federal.

Entretanto podem existir possibilidades em que imunidades tributárias necessitem de legislação infraconstitucional para sua regulamentação. Nesse cenário, pode-se vislumbrar a atuação do judiciário diante da inércia legislativa.

Seguem exemplos do ativismo judicial em matéria tributária:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade da alíquota de 30% do ICMS aplicável às operações com energia elétrica e serviços de telecomunicações, baseada na seletiva do serviço, fixando a alíquota em 18%. Ao decidir esse julgado, o TJRJ exerceu o ativismo judicial. Veja o julgado:

(...)

5. O ICMS é uma derivação do antigo ICM, que por sua vez é fruto do velho IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações), existente até a Emenda 18 de 65. Com esta Emenda foi criado o ICM, e com a CRFB de 88, o ICMS.

6. A CRFB de 88 criou imposto sobre mercadorias e prestação de serviço de comunicação e transporte interestadual e intermunicipal, que a rigor eram serviços pertencentes não ao Município e sim à União. Com a criação do ICMS, passam à esfera do Estado.

7. O ICMS não incide apenas sobre a circulação de mercadorias, na verdade há cinco incidências: circulação de mercadorias; prestação de serviços de comunicação; prestação de serviços de transporte intermunicipal; prestação de serviços não incluídos na competência municipal, desde que em conjunto com o fornecimento de mercadoria; e importação de bem (independentemente deste bem ser mercadoria, trata-se de incidência que possui regra matriz própria, no art. 155, § 2º, IX.)

8. Da leitura do art. 155, § 2º, X, b, e § 3º, da Constituição da República, infere-se que a produção, a importação, a circulação, a distribuição ou o consumo de energia elétrica também podem suscitar a tributação por via de ICMS.

9. Ressalte-se que um dos princípios observados para a fixação da alíquota do ICMS é o da seletividade e este, por sua vez, se subordina ao princípio maior da capacidade contributiva e significa que deve atender à essencialidade das mercadorias ou dos serviços, ou seja, quanto menor a essencialidade destes, maior deverá ser a alíquota e, quanto maior a essencialidade, menor deverá ser sua alíquota.

10. A energia elétrica é um produto essencial e deve ser tributada pelo ICMS com

alíquota menor em relação a outras mercadorias consideradas não essenciais.

11. Assim, verifica-se que a fixação da alíquota de 25%, a mais elevada do Estado, não é razoável, diante da essencialidade do produto.

12. Ademais, tendo em vista as decisões do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça nas Arguições de Inconstitucionalidade nº 27/2005 e 21/2008, não cabe mais qualquer discussão acerca do art. 14, inciso VI, item 2, e inciso VIII, item 7, do Decreto nº 27.427/2000, e art. 14, inciso VI, "b", da Lei 2657/96, ambos do Estado do Rio de Janeiro, que fixou a alíquota de 25% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações.

13. Concessão parcial da ordem para que a cobrança do ICMS sobre a energia elétrica e telecomunicações no que concerne aos impetrantes se dê com a alíquota de 18% (mais os 5% do Fundo de Combate à Pobreza, totalizando 23%), com condenação do Estado ao pagamento das custas. Sem honorários, ao teor dos verbetes 105 e 512, do STJ e STF, respectivamente." (RIO DE JANEIRO, 2016)

Outro exemplo foi o julgado do STF ao decidir pela inconstitucionalidade de multas exageradas em virtude da prática de sonegação na ADI nº 551/RJ (STF, Pleno, Relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 24/10/2002, DJ 14/02/2003, p. 58), conforme resulta do voto do Ministro:

O art. 150, IV, da Carta da República veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando a título de tributação. (...) Desse modo, o valor mínimo de duas vezes o valor do tributo como consequência do não-recolhimento apresenta-se desproporcional, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em evidente efeito de confisco. Igual desproporção constata-se na hipótese de sonegação, na qual a multa não pode ser inferior a cinco vezes o valor da taxa ou imposto, afetando ainda mais o patrimônio do contribuinte. (BRASIL, 2003)

O Princípio do Não Confisco está ligado à propriedade privada e assim afirmado como um direito fundamental, logo não podendo o legislador instituir nova interpretação que fira princípios constitucionais. Nesse sentido, afirma Sacha Calmon Coelho (2001, p. 67):

Uma multa excessiva ultrapassando o limite do razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Este só poderá se efetivar se e quando atuante a sua hipótese de incidência e exige todo um processos. (COELHO, 2001, p. 67)

Além das súmulas vinculantes editadas pelo STF em matéria tributária:

Súmula Vinculante STF nº 24 - Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo (BRASIL, 2005).

Súmula Vinculante STF nº 29 - É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra. (BRASIL, 2010a).

Súmula Vinculante STF nº 31 - É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis (BRASIL, 2010b).

Súmula Vinculante STF nº 32 - O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras (BRASIL, 2011).

Súmula Vinculante STF nº 41 - O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa (BRASIL, 2015a).

Súmula Vinculante STF nº 48 - Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro (BRASIL, 2015b).

Súmula Vinculante STF nº 50 - Norma legal que altera o **prazo de recolhimento** de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade (BRASIL, 2015c).

É atribuído ao Poder Judiciário controlar o poder de tributar realizado de forma inadequada, quando provocado pelo contribuinte ou pelo Fisco. A responsabilidade pelo controle de constitucionalidade, como já falado anteriormente, pertence ao Supremo Tribunal Federal. Devido ao seu caráter técnico, o controle dessa matéria deve ter atenção redobrada e a decisão política deve ser colocada em segundo plano, priorizando, dessa forma, o aspecto jurídico da norma, protegendo o cidadão contribuinte, pois essa é uma das atribuições que a CF deliberou ao Poder Judiciário como um todo e especialmente ao STF como guardião da Lei Maior.

Entretanto, o STF vem se mostrando politizado, porém, essa não é a sua função, especialmente quando se trata de matéria tributária. Existe uma função pedagógico-educacional nos precedentes da Corte Maior que tende a vincular juízes e tribunais. Logo, decisões políticas relacionadas a tributos podem irradiar inadequadamente por todo Judiciário, tendente a ferir direitos e garantias constitucionais. Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 12):

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2009, p. 12).

No momento em que o protagonismo judicial se encontra em ascendência, o exame da matéria tributária deve ser realizada de forma técnico-sistemática pelo Judiciário, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, que deve pautar sua atuação na defesa dos direitos fundamentais. E quando o objeto central se trata de tributos em sentido lato sensu, deve-se primar pela cautela, por se tratar de ingresso na esfera dos direitos do contribuinte.

Ademais, com o crescimento exponencial do Ativismo Judicial somado ao dever-poder de guardião da Carta Magna, em se tratando de matéria tributária, o STF deve atuar respeitando os limites da Constituição Federal e dos diplomas legais objetivando a proteção da boa-fé, confiança, proteção, uma vez que aqueles que se submetem às normas tributárias e às decisões judiciais são a parte mais fraca desse elo: o cidadão-contribuinte.

Logo, o STF tem um papel fundamental para fazer valer as prerrogativas tributárias afirmadas pela CF/88.

4.1 Estudo de Caso

Existem situações em que há espaço para o ativismo judicial em matéria tributária? Sim, nas hipóteses em que podem ser ampliadas os direitos dos cidadãos contribuintes bem como no descumprimento aos princípios tributários, que, inclusive, estão em sua grande totalidade elencados na Constituição Federal.

Logo, o desrespeito aos princípios dá base para o exercício ativista do STF. Exemplo disso é o RE 492842 / RN, do qual o Ministro Joaquim Barbosa foi o relator, conforme transcrição parcial da decisão:

(...)

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão que reduziu, de 75% para 20% do valor principal, o montante da multa moratória imposta ao contribuinte. Sustenta a União que a multa é mera penalidade pecuniária não abarcada pela vedação constitucional do art. 150, IV, o qual somente se aplicaria a tributos (fls. 271-282). É antiga a orientação da Segunda Turma no sentido de que a multa moratória, quando estabelecida em montante desproporcional, tem feição confiscatória e deve ser reduzida (cf. RE 91.707, rel. min. Moreira Alves, DJ de 29.02.1980, e RE 81.550, rel. min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13.06.1975). Esse entendimento foi confirmado pelo Pleno por ocasião do julgamento da ADI 551 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 14.02.2003). Na oportunidade, a Corte concluiu que a multa tem caráter confiscatório quando revela desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica. Eis a ementa dessa decisão: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

§§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. Ação julgada procedente." Por outro lado, o Tribunal já decidiu que multas estabelecidas nos percentuais de 20% ou 30% do valor do imposto devido não são abusivas nem desarrazoadas, portanto não implicam necessariamente ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Nesse sentido: RE 239.964 (rel. min. Ellen Gracie, DJ de 09.05.2003) e RE 220.284 (rel. min. Moreira Alves, DJ de 10.08.2000). Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. (BRASIL, 2006).

Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal exerce papel de legislador positivo ao declarar a inconstitucionalidade do não cumprimento ao Princípio do Não-Confisco. No caso em tela, a União alega que ao aplicar uma multa no percentual de 75% do valor do tributo não fere o art. 150, IV, da CF.

O argumento utilizado foi de que multa moratória não é tributo. O STF entendeu que houve desproporção e desrespeito contra o patrimônio do contribuinte e decidiu que um percentual entre 20 a 30% do valor do imposto devido é razoável e não fere o princípio supra.

Para o Supremo, tem que haver relação de proporcionalidade entre a penalidade e o ilícito, apesar da multa ter caráter pedagógico, não pode, porém, ter efeito confiscatório.

Ao decidir as questões tributárias, mesmo que dentro de um campo bastante limitado, a Corte Maior tem ampliado o raio de atuação dos princípios tributários como um todo, visando garantir a legalidade, a segurança, a certeza jurídica ao cidadão. Dessa forma, o ativismo judicial, somado aos instrumentos de controle de constitucionalidade em matéria tributária, atua como forte instrumento de limitação ao poder de tributar, fazendo valer a ordem constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo do desenvolvimento do trabalho, podemos concluir que a partir da análise da Teoria da Separação dos Poderes em que cada poder exercia uma função pré-definida e que um não interferia na decisão do outro. Com o avanço da

democracia coadunado com a promulgação de uma Constituição social, cidadã, já não há mais espaço para aceitação de omissões ou lacunas legislativas. E, é nesse contexto, que o Judiciário vem crescendo, o juiz já não é mais o responsável somente por “dizer a lei” mas também passou a exercer uma função política.

Com o Neoconstitucionalismo, o Judiciário passou a ser um “revisor” dos demais poderes, e nesse cenário surge o Ativismo Judicial, como um ferramenta ampla que visa assegurar a aplicação dos direitos sociais e garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988 e uma das formas de efetivar essa aplicação é através do controle de constitucionalidade.

Entretanto, o ativismo judicial em matéria tributária tem contornos mais conservadores, tendo em vista que o Direito Tributário tem seu pilar maior alicerçado na CF/88 com normas mais rígidas de serem modificadas, inclusive em sua interpretação quando se trata de mutação constitucional. Por ter princípios que asseguram boa-fé, legalidade, segurança jurídica, certeza ao cidadão, o STF ao aplicar o ativismo judicial em matéria tributária, deve fazê-lo de forma sistêmica e técnica e o mínimo politizada possível pois a finalidade precípua deve ser a aplicação da lei de forma a proteger o elo mais fraco dessa relação que é o contribuinte.

Diante de todo exposto, o que se pode concluir com a análise do trabalho em questão é que, apesar de o ativismo judicial ser nos dias de hoje uma ferramenta eficaz para suprir as lacunas deixadas pelo legislador, bem como contra a omissão do dever de agir do Estado, em matéria tributária não há um campo amplo para alteração constitucional, sem modificação textual, para interpretações feitas pelos Ministros, pois o tema tributos traz uma rigidez normativa maior e, caso essas modificações não sejam realizadas de forma sistemática, corre-se o risco de trazer insegurança jurídica ao contribuinte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**: revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 ago. 2020

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e Supremacia Judicial. **RFD**: revista da Faculdade de Direito da UERJ, [Rio de Janeiro], v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>.
Acesso em: 16 ago. 2020

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2020

BRASIL. **Lei complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 16 ago. 2020

BRASIL. **Lei complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.254 São Paulo**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pis/Cofins. Incidência sobre a revenda de veículos novos e de autopeças por concessionárias localizadas na zona franca de Manaus. Lei n. 11.196/2005 (Incs. Iii e V do § 1º, § 2º, Inc. Iii do § 4º e §§ 5º e 7º do Art. 65). Ação Direta De Inconstitucionalidade Julgada Parcialmente Procedente. Requerente: Confederação Nacional do Comercio de Bens, Serviços e Turismo. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837170>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 Rio de Janeiro. Ação direta de inconstitucionalidade. §§ 2.º e 3.º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias da constituição do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de valores mínimos para multa pelo não-reconhecimento e sonegação de tributos estaduais. Violação ao inciso IV do art. 150 da Carta da República. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ilmar Galvão, 24 de outubro de 2002. **Diário do Justiça**, Brasília, 14 fev. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266412>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário: RE 492842 RN. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 28 de Outubro de 2006. **Diário do Justiça**, Brasília, 22 nov. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778929/recurso-extraordinario-re-492842-rn-stf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 24.** Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 29.** É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 31.** É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1286>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 32.** O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1289>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 41.** O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2218>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 48.** Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2505>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 50.** Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2604>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e prática das multas tributárias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador, v. 26, n. 28, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274>. Acesso em: 16 ago. 2020

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (ed.). **Judicial Power and the Constitution:** selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990. p. 15-20.

MELLO, Celso. **Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em Nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008.** Revista de Direito Administrativo, [Rio de Janeiro?], [2008?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocMposseGM.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis.** Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1919. *Kindle*.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário:** completo. 10. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito: constitucional positivo.** 39 ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2016. Atual até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 20. ed., rev. Rio de Janeiro, Processo, 2018. Atual até a EC 95/16 e de acordo com o NCPC.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito:** UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 1 out. 2020.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. **Agravos internos na Apelação Cível.** Processo eletrônico nº 0379755-82.2009.8.19.0001. Agravante: Marco Antonio Tardelli. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Lucia Maria Miguel Da Silva Lima, 18 de março de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049091992035134BB6443180C4D6436EDEC5045A605352>. Acesso em: 01 out. 2020.