

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS: O PROBLEMA DAS ESCOLHAS ACERCA DA MATRIZ TRIBUTÁRIA

POLICY JUDICIALIZATION AND USURPATION OF COMPETENCES: THE PROBLEM OF CHOICES ABOUT THE TAX MATRIX

Cláudio Ladeira de Oliveira*

Francisco Gassen**

Valcir Gassen***

Resumo: O presente trabalho analisa a interferência do Poder Judiciário na definição da progressividade do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) no Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). As decisões da corte sobre a matéria podem ser criticadas simultaneamente sob dois aspectos: (i) economicamente, pelo impacto orçamentário e consequências concentradoras de renda que tais decisões produzem e (ii) pelo déficit democrático das decisões, que mediante os mecanismos processuais de controle de constitucionalidade da legislação estadual, termina por produzir atos de nítida natureza política-legislativa. Ao final, utilizamos o modelo interpretativo desenvolvido por Cass Sunstein para sugerir formas alternativas de decisão capazes de evitar os problemas apontados.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; judicialização da política; democracia; matriz tributária; progressividade tributária.

Artigo recebido em 18 de maio de 2021
Artigo aceito em 08 de fevereiro de 2022

* Doutor em Direito (UFSC). Professor de Direito Constitucional. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: claudioladeira@hotmail.com

** Bacharel em Direito. Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Email: fgassen@hotmail.com

*** Pós-doutor pela Universidade de Alicante na Espanha e pós-doutor pela Thomas Jefferson School of Law nos EUA (Estágio Sênior CAPES). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto da Universidade de Brasília - UnB. E-mail: vgassen@gmail.com

ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

Abstract: This paper analyzes the interference of the Judiciary in the definition of the progressivity of the Tax on Transmission of Property Causa Mortis and Donation (ITCD) in the State of Rio Grande do Sul (TJ/RS). The court's decisions on the matter may be criticized simultaneously under two aspects: (i) economically, by the budgetary impact and income-concentrating consequences that such decisions produce and (ii) by the democratic deficit of the decisions, which through the procedural mechanisms of constitutionality control of state legislation, ends up producing acts of a clear political-legislative nature. At the end, we use the interpretative model developed by Cass Sunstein to suggest alternative forms of decision capable of avoiding the problems pointed out.

Keywords: judicial review; judicialization of politics; democracy; tax matrix; tax progressiveness.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO; 3. A REGRESSIVIDADE DA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA; 4. A DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS DO ITCD NO RIO GRANDE DO SUL; 5. OS IMPACTOS ARRECADATÓRIOS E DEMOCRÁTICOS PELA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO; 6. O JUIZ HERÓI E O MINIMALISTA; 7. O HEROÍSMO DAS DECISÕES ACERCA DO ITCD-RS; 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que a construção de uma sociedade justa e igualitária depende de diversas escolhas feitas nos mais diversos campos, dentre eles destaca-se, para alcançar os objetivos pretendidos por esse trabalho, o campo da tributação¹. As controvérsias dizem respeito a quem será o responsável por fazer essas escolhas, se há legitimidade para fazê-las e quais serão as responsabilizações destes que fazem as escolhas. Nesse sentido, o presente trabalho trata de dois temas correlatos: em primeiro lugar, o fenômeno da

¹ Parafraseando Holmes e Sunstein, pode-se afirmar que sai caro construir e manter uma sociedade justa e igualitária. “O que é preciso acrescentar a tais proposições é a proposição correlativa de que os direitos de propriedade dependem de um Estado que esteja disposto a tributar e gastar. Sai caro garantir os direitos de propriedade.” In: HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. O custo dos Direitos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 47.

judicialização da política, que tem marcado a atuação do Poder Judiciário brasileiro e, em segundo, as características regressivas da matriz tributária nacional que elevam os já altos níveis de desigualdade social.

Partindo do primeiro ponto, não há um jornal que se abra, um noticiário que se assista e nem um dia que se passe sem que a mídia toque no nome dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao ponto de haver o questionamento jornalístico, em pleno ano de copa do mundo (2018), se o brasileiro lembra mais dos onze nomes daquela Corte ou dos onze nomes que integram a seleção brasileira de futebol.²

Poderia ser um sinal positivo? Poderia, mas não é. Sem qualquer dose de ingenuidade, esse fato não é um sinal positivo porque representa o modo de atuar do Poder Judiciário brasileiro, em especial nos últimos anos, que trabalha sob um excesso de holofotes e atenção, quando deveria atuar de forma passiva, agindo apenas por provocação e dando suas opiniões somente nos autos do processo, nunca de forma direta à imprensa, como se tem verificado, impulsionando o fenômeno da judicialização da política e negando a máxima que se refere à inércia judicial sob o clássico brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*.

A segunda observação se refere à matriz tributária brasileira altamente regressiva, ou seja, a tributação no Brasil se dá de uma forma que acaba fazendo com que aquelas pessoas com menor capacidade contributiva, sejam aquelas que mais arcam com o ônus tributário proporcionalmente a sua renda.

Nesse contexto que os dois assuntos acima tratados acabam por confluir, uma vez que se observa uma tendência do Poder Judiciário de, ao atuar fora dos

² Publicada matéria na Revista Veja, em 30 de março de 2018, que possuía a seguinte chamada: “Quem você conhece mais: os 11 do STF ou os 11 da seleção?” VEJA. Revista Veja. **Veja**, 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/quem-voce-conhece-mais-os-11-do-stf-ou-os-11-da-selecao/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

limites de sua competência constitucionalmente estabelecida, tomar decisões “heroicas” que visam impedir a aplicação de características progressivas nos tributos instituídos por meio de processos legislativos válidos.

Dessa forma, o caso do ITCD do Estado do Rio Grande do Sul é um exemplo típico dessa interferência indevida do Poder Judiciário, uma vez que se verifica que, apesar da opção normativa da Assembleia Legislativa daquele Estado, as decisões do Poder Judiciário intervieram de forma a criar uma aguda regressividade na cobrança do ITCD por anos, o que acarretou considerável perda arrecadatória para os cofres públicos.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Tradicionalmente no estudo do Direito Constitucional, observa-se que há uma relação potencialmente conflitante entre o constitucionalismo – como limitador do poder estatal – e a democracia – como expressão máxima da vontade da maioria – e para que se compreenda essa relação é fundamental apontar que o aumento de poderes conferidos ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário exprime uma tentativa de fazer das democracias um pouco menos democráticas e um pouco mais autoritárias.³

Sob este aspecto, deve-se compreender que, mais do que a carta de direitos em si, o fenômeno do constitucionalismo trata sobre autolimitação, no sentido de que é por meio de uma constituição que uma maioria do passado

³ Frisa-se a seguinte passagem: “A denúncia da ingovernabilidade dos regimes democráticos tende a sugerir soluções autoritárias, que se movem em duas direções: de um lado, em reforçar o Poder Executivo (...); de outro lado, em antepor sempre novos limites à esfera das decisões que podem ser tomadas com base na regra típica da democracia, a regra da maioria”. BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999. p. 95.

limita e regula os poderes das maiorias do presente e do futuro⁴. É por esta perspectiva que Jeremy Waldron afirma que “constituições são sobre poder, mas uma constituição impregnada com ideias do constitucionalismo é sobre a limitação do poder” (tradução nossa).⁵

O ponto que é importante tratar aqui é o quanto essa limitação do poder pode, por vezes, ser problemática de forma que, ao controlar as vontades da maioria, não se crie com isso instrumentos prejudiciais aos próprios princípios democráticos e que essa limitação à vontade da maioria não inviabilize a própria consolidação da democracia em si, silenciando os cidadãos com base em uma retórica protecionista do próprio estado democrático.

Nesse sentido, do perigo do controle das vontades da maioria, que se dá o fenômeno da judicialização da política, onde a pauta política do Poder Legislativo e do Executivo se transfere para o Poder Judiciário, de forma a criar um processo de deslocamento do poder decisório das políticas públicas para a esfera judicial, afastando o poder de escolha e de decisão das instâncias tradicionalmente políticas e com caráter mais democrático.⁶

⁴ WALDRON, J. *Political political theory: essays on institutions*. Harvard University Press. Cambridge, 2016. p. 35.

⁵ No original: “constitutions are about power; but a constitution impregnated with the ideas of constitutionalism is about limited power”. *Ibidem*. p. 35.

⁶ Acerca da judicialização da política, cabe o seguinte apontamento de Hirsch: “Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental. Manchetes sensacionalistas sobre decisões judiciais importantes a respeito de temas controversos — casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas, para dar apenas alguns exemplos — tornaram-se fenômeno comum”. HIRSCH, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo FGV**, São Paulo, 2009, v. 251. p. 140.

A delimitação entre aquilo que é político e aquilo que é jurídico é muitas vezes tênue e, por vezes, pode ser considerada como uma zona cinza entre os dois polos, inclusive por perceber que, no fim das contas, tudo é político⁷, mesmo a decisão judicial. Ocorre que, mesmo partindo desse pressuposto, não se pode negar que um Estado democrático deve ter algumas demarcações dessas fronteiras entre o político e o jurídico, sob o risco de enfraquecer o próprio ideal democrático ao delegar ao Poder Judiciário – não eleito – a incumbência de tomar decisões que cabem, em última instância, aos representantes eleitos do povo.⁸

Este processo de judicialização da política é resultado de muitos outros fenômenos como, por exemplo, um sistema normativo muito constitucionalizado e a crise de representatividade do próprio sistema político, mas cabe apontar que aquilo que deveria ser criado pelos procedimentos deliberativos próprios do parlamento, com a composição de maiorias por meio do debate, passou a ser feito sob uma lógica judicial baseada na racionalidade própria dos operadores do direito, que devem aplicar a lei independente da vontade popular (função contramajoritária), fazendo com que a judicialização da política se torne um fenômeno que, ao deslocar o centro decisório da política para a justiça, passa,

⁷ “Uma decisão política afeta a vida de muitas pessoas. Porém, muitos casos que não são puramente políticos (grandes ações coletivas) também afetam as vidas de muitas pessoas. Mais ainda, já que não existe uma resposta simples e completa para a pergunta “o que é político?” — para muitos teóricos sociais, a resposta seria “tudo é político” —, também não pode haver uma definição simples e completa da judicialização da política”. *Ibidem*. p. 148.

⁸ Nesse sentido, cabe apontar que: “Associando-se a vozes em prol do *judicial review*, os questionamentos a respeito da credibilidade das escolhas dos Parlamentos, qualificados como espaços legítimos de produção ideológica e de referendo da vontade popular, ganharam corpo significativo nos embates travados a respeito do constitucionalismo, por vezes a partir de retóricas que praticamente criminalizam a política. Nesse contexto, na medida em que o grande público abandona a crença na capacidade do Poder Legislativo de representar os seus interesses, voltam-se as esperanças para os Tribunais”. OLIVEIRA, C. L. D. Proibição de tributos com efeito de confisco: quem interpreta? **Revista de direito interenacional econômico e tributário - RDIET**, Brasília, Jul/Dez 2018. 213-241.

também, a enfraquecer o ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988.⁹

Nesse sentido, sob o ponto de vista democrático, mesmo que um órgão do Poder Judiciário tome uma decisão vinculante, considerada acertada, sobre determinada matéria, pode-se apontar que, mesmo assim, houve uma perda, uma vez que este órgão não foi eleito e não possui, portanto, representatividade para tomar tal decisão dentro de uma democracia.¹⁰

Cabe mencionar que se verifica uma discussão¹¹ no que tange os limites das competências deste Poder, tendo aqueles que defendem que a atuação mais responsiva é compatível com os parâmetros democráticos estabelecidos na Constituição Federal, como, por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso que por diversas vezes aponta que o STF possui uma função de corte iluminista no cenário político-jurídico brasileiro¹², definindo, por meio da discricionariedade

⁹ “Por si só, o evidente fenômeno da judicialização intensa, massificada e culturalmente estimulada, desnuda a maior e mais agravada deficiência do constitucionalismo contemporâneo, refletida na precariedade e ineficiência do acesso à justiça”. *Ibidem*, p. 232 e 233.

¹⁰ WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.

¹¹ Dois dos principais autores que estão nos polos opostos sobre essa percepção da participação do Poder Judiciário na tomada de decisões políticas são Ronald Dworkin, que defende uma leitura moral da Constituição por parte dos membros do Judiciário, e Jeremy Waldron, que indica os perigos de transferir o poder decisório do Poder Legislativo ao Judiciário, inclusive pela carência de legitimidade democrática que este Poder possui nas democracias modernas.

¹² Trecho de autoria de Barroso que bem indica o seu posicionamento acerca do papel do STF: “Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais analisados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, também, um papel representativo. Este papel, que se tornou particularmente relevante no Brasil, tem sido largamente ignorado pela doutrina em geral, que parece não ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos, o papel de vanguarda iluminista. A seguir, uma breve nota sobre cada uma dessas três funções”. BARROSO, L. R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. p. 41 a 65. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

judicial, uma vanguarda teórica que potencializaria o processo civilizatório brasileiro.

Barroso¹³, sob esta perspectiva, aponta que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional está baseada em dois principais fundamentos, quais sejam, a proteção dos direitos fundamentais, como um mínimo ético que não pode ser atropelado por deliberações de maiorias políticas e a proteção das regras do jogo democrático, no sentido de manter livres os canais de participação política para todos os cidadãos.

O autor questiona, ainda, acerca da legitimidade e da representatividade do Poder Legislativo, afirmando que este Poder nem sempre é a expressão fiel da vontade da maioria, uma vez que possui um déficit democrático resultado de, entre outras coisas, falhas no sistema eleitoral e partidário, fazendo com que o autointeresse das Casas, e a eventual captura de interesses privados, interfira nas suas opções legislativas no sentido de frustrar o sentimento popular.¹⁴

Entretanto, apesar de se compreender que o processo legislativo não é livre de falhas e que, de fato, por vezes se vê preso por interesses particulares ou corporativos, impedido de atender aos anseios majoritários da população, deve-se notar que a mesma crítica cabe ao Poder Judiciário, uma vez que não se pode assumir que o Poder Legislativo apenas cumpra bem seu papel quando é majoritário e que o Poder Judiciário possa acertar tanto quando decide de forma majoritária quanto quando decide de forma contramajoritária.¹⁵

Esses argumentos que visam minimizar os efeitos do fenômeno da judicialização da política no Supremo Tribunal Federal repercutem no modo de

¹³ BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.

¹⁴ *Ibidem*. p. 51 a 55.

¹⁵ ARGULHES, D. W. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 85.

agir de todo o Poder Judiciário, ao ponto de, como será visto nos pontos finais do trabalho, usurpar competências tributárias essencialmente legislativas de modo a onerar de forma grave o ideal democrático definido na Constituição Federal e, também, o erário público.

3. A REGRESSIVIDADE DA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Tendo claras essas possíveis repercussões da judicialização da política, o presente trabalho passa à análise, também, dos conceitos acerca da progressividade e regressividade tributária, classificação esta que depende da relação entre o ônus tributário e a capacidade contributiva¹⁶ do contribuinte.

Nesse sentido, é possível afirmar que será regressivo aquele tributo que aumentar a onerosidade relativa em razão inversa da capacidade contributiva do contribuinte e será progressivo quando aumentar a onerosidade relativa em razão direta à situação econômica do sujeito passivo.¹⁷

Amaro¹⁸ traz um exemplo para que se compreenda, em termos práticos, o que ocorre ao aplicar uma alíquota com características progressivas ou regressivas a um contribuinte, apontando que um cidadão que tem uma renda de R\$ 1.000,00 e paga R\$ 10,00 de imposto ao adquirir um produto, está sendo onerado em 1% de sua renda; já outro cidadão, com uma renda de R\$ 2.000,00, ao comprar o mesmo produto, com a mesma alíquota, paga 0,5% da sua renda a

¹⁶ Acerca do conceito de capacidade contributiva: “A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário.” CARVALHO, P. D. B. **Curso de direito tributário**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309.

¹⁷ GASSEN, V. **Tributação na origem e destino: tributos sobre o consumo e processos de integração econômica**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

¹⁸ AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 89.

título de tributo, fazendo com que esse tributo possua características regressivas, ou seja, onera mais, proporcionalmente a sua renda, aquele cidadão que menos ganha.

Observa-se, como já dito acima, que a progressividade ou regressividade de um tributo está vinculada objetivamente com o princípio da capacidade contributiva, ou seja, a noção de que cada indivíduo deverá pagar de acordo com sua capacidade de contribuição, independente de quem usufrua os bens ou serviços, princípio este que traz consigo uma noção de equidade horizontal¹⁹ e vertical na cobrança dos tributos.²⁰

Sob este aspecto é que se verifica a importância da progressividade na tributação, uma vez que possibilita ao Estado construir uma sociedade mais justa e solidária, sendo um requisito inseparável do princípio da igualdade²¹, enquanto a regressividade tributária se transforma em um instrumento que aumenta a concentração de renda onerando aqueles que menos possuem capacidade contributiva.

Nesse sentido, a perspectiva que se pretende adotar neste trabalho parte do pressuposto de que o fenômeno da tributação não pode ser observado unicamente sob uma perspectiva dogmática desvinculada da realidade sócio econômica brasileira, como é historicamente feito no estudo do Direito Tributário

¹⁹ “No âmbito da tributação uma importante pergunta pode ser assim formulada: afinal de contas, quando um tributo é equitativo? São várias as respostas possíveis, mas sucintamente pode ser respondida de duas formas. A primeira resposta é no sentido de equidade como ideia básica de que contribuintes com a mesma capacidade contributiva serão onerados da mesma forma, isto é uma equidade horizontal”. GASSEN, V.; VALADÃO, M. A. P. **Tributação nos Estados Unidos e no Brasil: estudo comparativo da matriz tributária** (atualizado com a reforma tributária Trump). São Paulo: Almedina, 2020.

²⁰ LAGEMANN, E. Tributação: Seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios. In: GASSEN, V. (Org.). **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 24.

²¹ BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 870.

no Brasil, mas sim sob um aspecto mais amplo que considere a questão da eficiência e da equidade da matriz tributária brasileira e a consequente distribuição ou concentração de renda.

Por isso, o conceito de “matriz tributária” é aqui compreendido como sendo o resultado das escolhas no campo da ação social no que tange ao fenômeno da tributação, em um determinado momento histórico, que definem os limites do Estado e da Constituição²².

Sob esta perspectiva que se visa analisar o fenômeno tributário no Brasil, que tem sua arrecadação essencialmente baseada nos tributos sobre o consumo o que, por si só, já é uma característica importante na verificação da regressividade tributária, onerando, proporcionalmente, mais as camadas econômicas menos favorecidas da sociedade e que menos recebem o retorno de serviços prestados pelo Estado.²³

Vide, por exemplo, a concentração de renda brasileira comparada com a do Reino Unido, onde o centésimo de pessoas mais ricas detém cerca de 12,8%

²² Acerca do conceito de matriz tributária: “(...) Incorpora, portanto, a noção de matriz tributária não só um conjunto de normas jurídicas regulando as relações entre o ente tributante e o contribuinte; não só a escolha feita das bases de incidência (renda, patrimônio e consumo) e sua consequente participação no total da arrecadação; não só as questões dogmáticas pertinentes à obrigação tributária; não só as opções que se faz no plano político de atendimento de determinados direitos fundamentais; não só às espécies tributárias existentes em determinado sistema tributário; não só a estrutura do Estado a partir das suas condições materiais de existência, no caso, das condições de funcionamento do Estado ofertadas pela arrecadação de tributos.

A pretensão do uso da expressão matriz tributária com o sentido exposto é de colaborar com a discussão por parte dos estudiosos do fenômeno tributário de forma a explicitar a complexa realidade que cerca tal fenômeno. **Enfim, de compreender de forma mais aprofundada a relação do fenômeno tributário com a realidade política, econômica, social existente em determinado Estado.**” GASSEN, V. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado a Constituição e a Tributação no Brasil. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 4

²³ “(...) a tributação que recai sobre o consumo no Brasil, só perde para a Argentina. É mais do que o dobro comparada à dos Estados Unidos; quase o dobro de França e Canadá e 50% superior à do Reino Unido”. CÔRTEZ, G. M. Brasil cobra mais impostos de pobres do que dos mais ricos, critica centro de estudos da ONU. **Instituto Justiça Fiscal**, 2016.

da renda nacional, enquanto no Brasil, este mesmo centésimo, possui cerca de 23,2% da renda, e, quanto mais restrito o grupo dos mais ricos, maiores se tornam as desproporções. Quando se verifica o meio milésimo mais rico da população brasileira, o que é aproximadamente 71 mil pessoas, observa-se que estes detêm cerca de 8,5% de toda a renda nacional, enquanto este mesmo meio milésimo concentra “apenas” 3,4% no Reino Unido.²⁴

Uma acumulação de renda desta monta constitui um sério obstáculo à construção de uma sociedade plenamente democrática. Por isso autores como Thomas Piketty, asseguram que estas deformações econômicas podem levar o capitalismo a uma “espiral desigualadora sem fim e uma divergência ilimitada das desigualdades patrimoniais”.²⁵

Portanto, observa-se que a ligação entre o fenômeno da tributação e a desigualdade social acarretada pela forte concentração de renda no Brasil é um fator essencial para que se compreenda e se avalie a matriz tributária brasileira e a sua regressividade, característica essa que é impulsionada por decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, que ferem gravemente o ideal democrático e os cofres públicos, ao usurparem competências legislativas, como será apontado nos próximos pontos deste trabalho.

²⁴ Nesse sentido que Gobetti, Orair e Octavio afirmam que “O nível de concentração de renda no topo no Brasil é significativamente maior que o que vem sendo estimado com as usuais pesquisas domiciliares, corroborando os resultados de Medeiros, Souza e Castro (2015). O décimo mais rico concentra cerca de metade da renda, o centésimo mais rico detém algo próximo a um quarto e o milésimo mais rico chega a um décimo, ultrapassando os limites máximos considerados toleráveis para as sociedades democráticas, segundo Piketty (2014). Nossa contribuição adicional é mostrar que a concentração é ainda mais impressionante no meio milésimo mais rico que se apropria de 8,5 por cento de toda a renda. Patamar que não encontra paralelo no mundo, ao menos de acordo com as informações atualmente disponíveis na *The World Top Income Database*”. GOBETTI, S. W.; ORAIR; OCTÁVIO, R. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG)**, 2016. Disponível em: https://www.ipcundp.org/pub/port/WP136PTTributacao_e_distribuicao_da_renda_no_Brasil.pdf. Acessado em 12 de agosto de 2020. p. 16.

²⁵ PIKETTY, T. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 504.

4. A DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS DO ITCD NO RIO GRANDE DO SUL

O caso das alíquotas progressivas no ITCD no Estado do Rio Grande do Sul fornece um exemplo útil para analisar o fenômeno da interferência judicial na definição da matriz tributária brasileira. Este caso ensejou decisão do Supremo Tribunal Federal que fixou o entendimento de que o ITCD, mesmo sem uma previsão constitucional específica, pode ter alíquotas progressivas, revisando decisões do Tribunal de Justiça daquele Estado que interferiram de forma severa nas opções normativas realizadas pela Assembleia Legislativa gaúcha.

Nesse sentido, esse caso ilustra uma interferência do Poder Judiciário na escolha da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul que, no ano de 1998, alterou as faixas das alíquotas deste tributo, visando uma maior arrecadação para atenuar a severa crise fiscal que atravessava aquele Estado, fazendo com que a faixa de isenção diminuísse e fosse aumentada a alíquota máxima.²⁶

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

Diversas decisões foram proferidas pelo Poder Judiciário nesse sentido²⁷ e esse entendimento se consolidou no Estado do Rio Grande do Sul, fazendo com

²⁶ A faixa de isenção caiu de 12.260,23 UPF-RS para 10.509 UPF-RS e a alíquota máxima passou a ser aplicada a todos os contribuintes com quinhão no valor acima de 28.024 UPF-RS, no lugar dos 43.786,52 UPF-RS anteriores.

²⁷ A título de exemplo a decisão do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70013242508, julgado em 10 de abril de 2006, pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

que as demandas judiciais, que visavam a revisão das alíquotas progressivas, tendessem a dar ganho de causa aos contribuintes e acabavam por definir o pagamento da alíquota mínima para o ITCD, ou seja, 1%.

Importante ressaltar que essas novas definições da alíquota prejudicaram sobremaneira os contribuintes com menor capacidade contributiva, que naturalmente no Brasil possuem um menor acesso ao judiciário, conforme se observa neste seguinte trecho:

Reconhecendo que essa decisão prejudicaria os contribuintes com menores quinhões e que não demandavam a justiça, foi dado um prazo de ajuste de 90 dias aos mesmos, quando vigeu a tabela com alíquotas até o máximo de 4%, mantidos os intervalos aplicados desde 1998. Os contribuintes enquadrados em faixas acima dos 4% já estavam automaticamente favorecidos.²⁸

Esse embate no Poder Judiciário se estendeu por anos e por meio do Recurso Extraordinário nº 562.045/RS, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, onde o Recurso foi julgado procedente, no sentido de permitir que o ITCD possuísse alíquotas progressivas.²⁹

²⁸ LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 14 e 15.

²⁹ Acerca da interferência do Poder Judiciário nesse caso concreto considero fundamental citar o seguinte trecho de um dos debates do julgamento do referido Recurso Extraordinário, em que o Ministro Eros Grau bem elucida o ponto fundamental deste trabalho: “O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – A minha única observação - se me permitirem - é a seguinte: com relação à tal razoabilidade e à proporcionalidade, **só me sentiria habilitado a discutir essa matéria se eu me elegeisse membro da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, não no assento do Poder Judiciário.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E tenho certeza, se Vossa Excelência tivesse assento em uma das cadeiras, votaria pela aprovação dessa lei.” (Grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020. p. 37.

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

Entretanto, uma crítica que cabe a toda esta situação está no fato de o Poder Judiciário se envolver com questões de definição da matriz tributária brasileira sem que tenha competência constitucional para tanto, ou seja, mesmo que a decisão do STF no fim das contas se deu de forma, diga-se, correta, cabe o apontamento de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, acabou por usurpar competências exclusivas dos demais Poderes o que acarretou em um prejuízo arrecadatário e democrático, como será verificado nos próximos pontos.

5. OS IMPACTOS ARRECADATÓRIOS E DEMOCRÁTICOS PELA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Já tendo clara, por tudo até aqui exposto, a importância da progressividade na cobrança dos tributos, é fundamental, também, apontar as consequências orçamentárias que interferências do Poder Judiciário, em assuntos de competência dos demais Poderes, podem provocar na arrecadação de um ente federado.

Verificando os valores arrecadados de ITCD, observa-se que a primeira década dos anos 2000 foi marcada pelo baixo impacto arrecadatário destes valores, resultado da já referida tendência do Poder Judiciário de decidir pela

aplicação da alíquota mínima do imposto, ou seja, 1%.³⁰ Nota-se uma significativa diferença a partir do ano de 2010, fruto da aprovação da Lei nº 13.337 de 2009, que deixou fixas as alíquotas, que ultrapassavam a faixa de isenção, em 3% e 4% para a doação e a herança, respectivamente e alcançou-se a marca de 1,18% em arrecadação de ITCD em relação ao total de receita tributária arrecadada, marca até então histórica neste imposto.³¹ Mas a mais significativa alteração se deu no ano de 2015, quando houve uma arrecadação recorde de ITCD que significou 1,99% de toda a receita tributária arrecadada, ou seja, um crescimento nominal de 92% na arrecadação se comparar com o ano de 2014. Isso se deu, principalmente, pelo fato de que neste ano foi aprovada a Lei nº 14.471 que redefinia as alíquotas progressivas do imposto, com início da aplicação a partir do próximo ano, e fez com que os contribuintes, na iminência das mudanças realizassem uma substantiva antecipação nos planejamentos relacionados a sucessão e a doação.³²

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

A título de exemplo pode-se comparar os valores arrecadados de ITCD do ano de 2005 a 2009, período em que o TJ-RS estava definindo a alíquota a ser aplicada, com o período de 2010 a 2014, em que apesar da alíquota não ser

³⁰ LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015. p. 9.

³¹ *Ibidem*.

³² FREITAS, A. A. D. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser**, 2016. Disponível em: <<http://carta.fee.tche.br/article/imposto-sobre-herancas-e-doacoes-o-caso-do-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

progressiva, houve o estabelecimento da alíquota fixa. No primeiro período se tem um valor total de receita arrecadada de R\$ 342,2 milhões enquanto no mesmo intervalo de tempo, entre os anos de 2010 e 2014, foi para os cofres públicos a quantia de R\$ 1.722,3 bilhões.³³

Já analisando o período de 2015 a 2019 observa-se que, como já tratado anteriormente, o ano de 2015 teve um recorde de arrecadação no tocante ao ITCD, girando em torno de R\$ 619,6 milhões, já no ano de 2016 foi arrecadado R\$ 420,5 milhões, no ano de 2017 obteve-se o valor de R\$ 485 milhões, no ano de 2018 totalizando R\$ 567 milhões e no ano de 2019, infelizmente, não há registro, na data dessa pesquisa, do valor arrecadado no site oficial da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Mesmo sem os valores do ano de 2019 observa-se que nos quatro anos de 2015 a 2018 arrecadou-se em torno de R\$ 2.092,1 bilhões.³⁴

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

Essa conta é fundamental para que se perceba o impacto causado pelas interferências do Poder Judiciário na definição da matriz tributária brasileira, uma vez que este caso do ITCD do Rio Grande do Sul é apenas um dos casos em que o Judiciário, ao invadir as competências constitucionalmente estabelecida aos

³³ RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. **Análise Receita Orçamentária**. Disponível em: <https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/REC-CON_1.aspx>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

³⁴ *Ibidem*.

outros Poderes, acaba por onerar de forma substancial o Estado e enfraquecer o ideal democrático definido pela Constituição Federal.

Já avaliando o impacto causado no ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988, cabe, para fins de ilustração, a lembrança do que ocorreu durante a segunda metade do século XVIII, quando os colonos norte americanos reclamavam dos tributos impostos pela Inglaterra sem que aqueles tivessem nenhum representante eleito no Parlamento britânico. O lema “*no taxation without representation*” se tornou um marco na revolução estadunidense e demonstra a importância da representatividade no estabelecimento dos tributos de modo geral.³⁵

Neste mesmo sentido, John Hart Ely³⁶ aponta que o argumento trazido pelos britânicos para justificar esta falta de representatividade dos colonos na imposição dos tributos poderia ser explicada pela chamada “representação virtual”, ou seja, mesmo que os colonos não elessem ninguém eles estariam virtualmente representados no Parlamento britânico.³⁷

Argumento este que, de certa forma, parece se assemelhar àqueles trazidos pelos defensores incondicionais do *judicial review*, ou seja, que mesmo

³⁵ “As reivindicações “constitucionais”, portanto, eram muitas vezes jurisdicionais – por exemplo, de que o Parlamento não tinha autoridade para regular o “comércio interno” entre as colônias –, e eram em geral embasadas no argumento de que nós não tínhamos representação no Parlamento. (É claro que os colonos, como todos nós, não gostavam de pagar impostos, mas o que eles consideravam tirânico era a tributação sem representação)”. (Grifo nosso) ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 118.

³⁶ *Ibidem*. p. 109.

³⁷ “É irônico, mas o velho conceito de ‘representação virtual’ pode nos ajudar aqui. O termo em si era anátema para nossos antepassados, já que era invocado como reação aos clamores de ‘sem representação, nada de tributação’. Mas o conceito continha em si uma ideia que sobreviveu na teoria política norte-americana e que, na verdade, influenciou nosso pensamento constitucional desde o começo. Ao argumento dos colonos de que era errado, até mesmo ‘inconstitucional’, cobrar impostos da população quando ela não tinha o privilégio de enviar seus representantes ao Parlamento, os britânicos responderam que, embora as colônias de fato não elessem ninguém, elas estavam ‘virtualmente representadas’ no Parlamento”. *Ibidem*. p. 109.

que não sejam popularmente eleitos os membros do Judiciário, estes foram indicados pelo chefe do Executivo, que foi eleito por meio do voto popular, o que seria uma nova forma da “representação virtual”.

Entretanto, é exatamente sob este aspecto que cabe a crítica à forma como o controle de constitucionalidade vem sendo praticado no Brasil, uma vez que essa representação virtual é extremamente fraca e carece de elementos democráticos que possam legitimar as opções feitas por uma corte não eleita que tem poderes legislativos sobre toda uma nação.

Sob este aspecto que cabe a verificação de que o modelo de separação dos Poderes utilizado no Brasil, ou em praticamente todas as democracias modernas, visa garantir que cada um dos poderes disponha de alguma autonomia e especialização funcional que deve ser exercida com independência dos demais Poderes, sob um sistema de governo que busca a harmonia, mas tem suas funções potencialmente sobrepostas.³⁸

Neste plano, pode-se afirmar que não cabe ao Poder Judiciário interferir na definição da matriz tributária brasileira, uma vez que esta envolve aspectos de discricionariedade legislativa³⁹, observando o cumprimento de planos orçamentários acerca dos recursos públicos, que devem ser feitos respeitando o ideal democrático trazido pela Constituição Federal de 1988, ou seja, pelos representantes eleitos do povo brasileiro.

³⁸ OLIVEIRA, C. L. D.; MEDEIROS, I. K. **Artigo 142: os problemas da tese de Ives Gandra**. Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/artigo-142-os-problemas-da-tese-de-ives-gandra-03062020>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

³⁹ Acerca da discricionariedade legislativa cabe o seguinte apontamento: “Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos”. DI PIETRO, M. S. Z. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

Esse caso concreto do ITCD-RS ilustra que o fenômeno da judicialização da política pode resultar no afastamento do povo do processo decisório, que é essencial em um Estado democrático, e é notável que o Poder Legislativo possui seus vícios e deturpações, e que por vezes vê seus interesses atrelados aos grupos econômicos detentores do poder no país, mas mesmo assim, o Legislativo, por representar a escolha democrática dos cidadãos, é superior em termos de respeito aos ideais democráticos estabelecidos pela Constituição Federal.

Com isso, cabe o retorno à referência que foi trazida no início deste tópico, "*no taxation without representation*" é um lema que aponta a importância da representação política para que se defina a tributação de um país, uma vez que não se pode falar que alguns juízes, não eleitos, possuam um tipo de representação virtual que dê a eles um Poder quase que absoluto na hora de estabelecer as diretrizes fundamentais na construção do Estado brasileiro.

6. O JUIZ HERÓI E O MINIMALISTA

Tendo em vista as características trazidas acerca do fenômeno da judicialização da política, os apontamentos sobre a importância do estabelecimento da progressividade na cobrança dos tributos, o caso apresentado da tentativa de estabelecimento de alíquotas progressivas de ITCD-RS e, por fim, as consequências, tanto orçamentárias quanto democráticas, da interferência do Poder Judiciário nas decisões do Poder Legislativo, é que se parte nesse último ponto do trabalho à análise de alguns argumentos dos membros do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com base na obra de Cass Sunstein, *Constitutional Personae*, em que o autor indica quatro diferentes personas que representam o modo de atuação dos membros do Poder Judiciário.

Inicialmente cabe apontar que as personas trazidas pelo autor, que identificam o *modus operandi* dos juízes da Suprema Corte estadunidense, são quatro, o herói, o soldado, o minimalista e o mudo⁴⁰. Para os fins deste trabalho apresentar-se-ão as características principais de duas dessas personas, do herói e do minimalista, a primeira por representar boa parte da atuação dos membros do Poder Judiciário no caso do ITCD do Rio Grande do Sul e, a segunda, por trazer aspectos fundamentais da atuação que esse Poder deveria representar em um Estado Democrático de Direito, que respeite princípios como o da separação dos poderes e da legitimidade democrática.

Por um lado, a persona chamada por Sunstein de juiz herói representa aqueles juízes que acreditam no papel transformador do Poder Judiciário em nome da Constituição⁴¹, ou seja, juízes que atuam exercendo esse papel de herói não veem problemas em utilizar a sua interpretação pessoal da Constituição para invalidar um ato normativo, ou qualquer ato do Governo, em nome de uma possível inconstitucionalidade.

Essa forma de atuar, defendida por autores como Ronald Dworkin e John Hart Ely, é considerada por Sunstein como ativista por invadir competências que são tradicionalmente dos outros Poderes, sendo que esse *modus operandi* dos membros do Poder Judiciário pode ser graduado em diferentes formas de heroísmo, a depender do tamanho das suas ambições, podendo haver tanto aqueles que “desejam atacar atos do Congresso sem maiores desejos reformistas quanto aqueles heróis mais abrangentes (super-heróis?) que tem objetivos a

⁴⁰ “(...) *They involve disparate Constitutional Personae – judicial roles and self-presentations that sharply separate judges as well as those who comment on their work. The leading Personae are Heroes, Soldiers, Minimalist, and Mutes*”. In: SUNSTEIN, C. R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. p. 3.

⁴¹ “*Heroes believe in a large and potentially transformative role for the federal judiciary in the Constitution’s name*”. *Ibidem*. p. 5.

longo prazo e estão dispostos (e talvez até ansiosos) para embarcar em projetos de mudança social”.⁴²

Por outro lado, Cass Sunstein traz as características da persona chamada de minimalista, em que há a valorização dos chamados *small steps* (passos pequenos) nas decisões judiciais, de forma a construir melhorias incrementais, inclusive admitindo um limite na razão dos seus argumentos e mantendo, ou tentando manter, com isso, a integridade das opções políticas dos outros Poderes da República.

Nesse sentido, a atuação minimalista dos juízes, ou operadores do Direito de modo geral, se dá de forma que os órgãos do Poder Judiciário devem voltar suas atenções a questões mais específicas, utilizando interpretações mais limitadas ao texto constitucional ao invés de alargar o seu papel frente aos outros Poderes do desenho institucional de um país, como se observa na seguinte frase do juiz da Suprema Corte estadunidense John Glover Roberts, “se não é necessário decidir mais, é necessário não decidir mais”⁴³.

Tendo claras as características dessas duas personas, algumas observações importantes são trazidas pelo autor, uma diz respeito a desvinculação que existe entre a persona adotada na hora de tomar uma decisão com o posicionamento político do tomador da decisão, ou seja, existem heróis ligados ideologicamente ao campo progressista e, também, ao campo conservador, assim como existem

⁴² Tradução livre de: “*Heroes who are willing to strike down acts of Congress without having major reformist aims, to more far-reaching Heroes (Superheroes?) who have large-scale visions and are willing (and perhaps even eager) to embark on significant projects of social change*”. In: SUNSTEIN, C. R. ***Constitutional Personae***. New York: Oxford University Press, 2015. p. 6.

⁴³ Tradução livre de: “*If it is not necessary to decide more, it is necessary not to decide more*”. *Ibidem*. p. 16.

minimalistas identificados com o espectro político da direita, bem como com o da esquerda.⁴⁴

Outro ponto importante, que deve ser frisado, é o da mudança de personas que existe no âmbito de um mesmo julgador, de forma que alguns juízes variam de minimalista para heróis dependendo do tema a ser tratado, fazendo com que sua forma de atuação e o peso da interferência judicial seja alterado conforme a avaliação do julgador caso a caso⁴⁵, havendo ainda, como se observa claramente com alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, casos em que juízes heróis se dizem minimalistas, de forma a diminuir a gravidade das suas interferências em questões importantes e considerando elas apenas pequenos passos incrementais.⁴⁶

Com isso, parte-se, no próximo ponto, para a análise de alguns argumentos referentes ao ITCD-RS como forma de estabelecer uma relação entre o modo de atuação desses julgadores com as personas definidas por Sunstein, verificando como se deu essa atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no momento da decisão e como seria se aqueles juízes decidissem atuar de forma mais prudente, respeitando os limites e princípios constitucionais que definem um Estado Democrático de Direito.

7. O HEROÍSMO DAS DECISÕES ACERCA DO ITCD-RS

Tendo essas definições acerca das personas de Sunstein é que se observa que a atuação do Poder Judiciário gaúcho, no caso das decisões negando a

⁴⁴ “For now, the important point is that progressives have often championed judicial heroism of their preferred sort, and that conservatives and libertarians have done exactly the same thing”. *Ibidem.* p. 10.

⁴⁵ “We can imagine judges who are separation-of-powers Minimalists but free speech Heroes”. *Ibidem.* p. 17.

⁴⁶ “Notwithstanding this point, some Heroes do present themselves as Minimalists, contending that a heroic decision is merely an incremental step”. *Ibidem.* p. 17.

progressividade do ITCD, pode ser considerada como um exemplo de heroísmo daquele Tribunal, uma vez que, como já indicado anteriormente, a competência para o estabelecimento da progressividade era do Poder Legislativo e o modo como foi feita a usurpação desta competência, por parte do Judiciário, pode ser considerada ativista, como será verificado a seguir.

Como já foi dito anteriormente, a alegação daqueles que discordavam da possibilidade de instituição de alíquotas progressivas tinha como base o argumento de que a Constituição apenas permite a progressividade no caso dos impostos de natureza pessoal, conforme o Art. 145, §1º da Constituição Federal, não sendo possível definir essa progressividade para tributos como o ITCD, de natureza real.

Sob este aspecto, os argumentos trazidos são no sentido de que nem mesmo com a permissão de cobrança de alíquotas progressivas por Emenda a Constituição, como no caso do IPTU, que a Emenda Constitucional nº 29/2000 possibilitou a cobrança progressiva, poderia o legislador estabelecer este tipo de progressividade para os tributos reais, como se verifica no seguinte trecho do Acórdão do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70013242508 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Nos tributos reais, como o IPTU, o IPVA e o ITCD, a dimensão econômica do fato gerador não é a própria mensuração da capacidade contributiva, por isso que não se trata de um imposto pessoal, mas de um imposto real.

E nesses casos, a disposição constitucional contida no §1º do art. 145 da CF/88 não permite a progressividade.

É por isso que nos impostos reais – portanto não pessoais – como o IPTU, o IPVA e o ITCD, a progressividade depende norma constitucional expressa que a autorize, não se aplicando a regra geral do § 1º do art. 145 da CF/88.

Mas essa autorização não pode ser inserida na Constituição por meio de Emenda Constitucional congressual.

É que a vedação de progressividade para os impostos reais, constante do § 1º do art. 145 da CF/88, ao lado das imunidades,

da legalidade, da irretroatividade, é garantia constitucional e direito individual dos contribuintes, a qual não pode ser derogada por Emenda Constitucional decorrente do poder constituinte congressual ou meramente derivado.

Tratando-se de garantia constitucional e direito individual essa vedação entra no espectro de proteção das chamadas cláusulas pétreas, protegida contra a tangibilidade pelo poder meramente congressual, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/88.

É por isso que tenho entendido, inclusive, que a progressividade fiscal estabelecida para o IPTU, pela Emenda Constitucional nº 29/2000, viola cláusula pétrea da Constituição, razão pela qual, essa progressividade do IPTU, continua inadmitida e não poderia a Lei Complementar nº 461/2000, do Município de Porto Alegre, alterando a Lei Complementar nº 7/1973, ter estabelecido a progressividade fiscal do aludido.

A única progressividade do IPTU que está constitucionalmente autorizada, por disposição do Poder Constituinte Originário, é aquela do art. 182 da CF, isto é, a progressividade extrafiscal, como já definiu reiteradamente o C. STF. (Grifo nosso)⁴⁷

Observa-se que, segundo os argumentos trazidos no acórdão, a decisão se deu de forma a defender que nem mesmo o IPTU poderia ser progressivo, mesmo que a proposta fosse por meio de Emenda Constitucional, uma vez que tal opção legislativa violaria cláusula pétrea constitucional e que estaria, portanto, violando os direitos e garantias individuais dos contribuintes. Em que pese os argumentos trazidos pela referida decisão, há de se observar que ao contrário do que afirmam, os tributos reais são extremamente úteis na aferição de sinais de riqueza do contribuinte, inclusive na determinação da capacidade contributiva deste.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 70013242508**, 10 de abril de 2006. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70013242508&numero_processo_desktop=70013242508&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acessado em: 25 de fevereiro de 2021.

Além disso, não há como inferir, na leitura do art. 145, §1º da Constituição Federal⁴⁸, que exista uma vedação expressa a cobrança progressiva dos tributos reais, essa afirmação demonstra o malabarismo argumentativo, típico da persona do juiz herói, dos membros do Poder Judiciário no sentido de manutenção de um *status quo*⁴⁹ que garanta a continuidade da regressividade na cobrança do ITCD⁵⁰.

Nesse sentido, ao fazer uma leitura sistemática da Constituição percebe-se que a progressividade tributária está de acordo com os princípios constitucionais e, também, com os objetivos da República elencados no seu art. 3º. Fazendo com que se note que se o Poder Legislativo estivesse, ao contrário do que fez nesse caso em estudo, definindo regras tributárias que visassem o aumento da desigualdade social e regional, incrementando a pobreza e a marginalização da população, poderia muito bem o Poder Judiciário intervir, uma vez que a afronta a princípios constitucionais estaria clara e evidente.

⁴⁸ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º **Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte**” (Grifo nosso). In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_145_.asp. Acessado em: 1º de março de 2021.

⁴⁹ Acerca da ideia de proteção do *status quo* pelo Poder Judiciário: “*The institutional, pro-status-quo, and inherently pacifying nature of the legal system is especially significant when claims for restorative justice that have potentially revolutionary implications for the redistribution of wealth and power (...)*”. In: HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.p. 198.

⁵⁰ “A matriz tributária brasileira constitui um inegável sistema de perpetuação de desigualdades e de injustiça social. O patrimônio é tributado, tanto sob o aspecto estático quanto dinâmico, por meio de alíquotas fixas, em regra, e seguindo a máxima de que a progressividade é incompatível com os ditos impostos reais”. In: GASSEN, V.; SILVA, J. de J. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, V. (Org.) **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Tributação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

Ocorre que nas decisões se percebe uma atuação que busca, por meio de argumentos procedimentais e descolados da realidade, justificar uma invasão de competência para que, ao melhor exemplo do juiz herói de Sunstein, o Poder Judiciário estabeleça as diretrizes e regras acerca das alíquotas de ITCD, inclusive de forma a afastar o modelo de cobrança do tributo daqueles princípios gerais da constituição, que devem reger a atuação do Poder Judiciário.

Com isso, afirmar que tributos como o IPTU, que leva em consideração o valor venal do imóvel, o ITBI, que leva em consideração o valor do bem imóvel que está sendo transferido, e do ITCD, que leva em consideração o valor que está sendo doado ou herdado, não indicam a capacidade contributiva do contribuinte é uma afronta a qualquer lógica que vise a justiça fiscal. Tanto é assim que nos países liberais a regra é que a base de incidência patrimônio tenha suas alíquotas progressivas em relação a capacidade contributiva do cidadão, uma vez que isso indica a busca por uma maior justiça fiscal, e que se houver o caso de um contribuinte possuir um patrimônio que seja desproporcional com a sua renda líquida para pagar o tributo isso se dá a título de exceção e deve ser assim tratado, como exceção.

Observa-se, portanto, que as escolhas realizadas pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, no que se refere a progressividade do ITCD, estão de acordo com os valores e princípios expostos na Constituição Federal, e exigiria uma atuação no modelo minimalista, na expressão trazida por Sunstein, do Poder Judiciário, atuando de forma deferente ao Poder Legislativo e respeitando a opção política feita por seus membros.

Como paralelo pode-se citar, a título de exemplo de mais um caso de juiz herói, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 786⁵¹, de 25 de janeiro de 2021, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade, que objetiva que o Supremo Tribunal Federal dê um prazo para que o Legislativo e Executivo realizem uma reforma de todo o sistema tributário nacional com o intuito principal de diminuir a regressividade tributária.

De fato, a matriz tributária nacional é altamente regressiva, como já vimos no decorrer deste trabalho, e há uma relação conflituosa entre o modelo de tributação adotado com os princípios constitucionais, mas deve-se ter a noção de que tal atuação foge da competência judicial, uma vez que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática e nem especialidade funcional para definir as características da matriz tributária brasileira, função essa que deve ser exercida pelos representantes eleitos pelo povo. Sob este aspecto que a atuação do Poder Legislativo, quando busca uma maior progressividade tributária, deve ser verificada como um passo a aproximar a realidade daqueles objetivos constitucionalmente estabelecidos em 1988, não cabendo uma atuação heroica dos membros do Judiciário, mas exigindo que estes ajam de forma minimalista ao perceber que tal escolha está de acordo com os valores constitucionais que trazem, dentre outras coisas, uma maior justiça fiscal ao país.

Não se está, portanto, rejeitando qualquer forma de controle de constitucionalidade, mas as intervenções judiciais em matérias politicamente controvertidas devem levar em conta as limitações que são próprias do Poder Judiciário, sejam elas limitações impostas pela própria Constituição Federal, com

⁵¹ BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 786. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6090018>. Acessado em: 1º de março de 2021.

base no princípio da separação dos poderes, ou até mesmo limitações de conhecimento técnico.

Nesse sentido, como o Poder Legislativo, também, é um dos intérpretes da Constituição e, no caso ora estudado, toma uma decisão que promove, em alguma medida, a maior progressividade da matriz tributária, o Poder Judiciário não deve interferir, uma vez que esta opção legislativa não contraria de maneira flagrante e textual qualquer norma constitucional, pelo contrário, essa opção traz regramentos que auxiliam a busca pela diminuição da desigualdade social, por meio de uma tributação que leve em consideração a capacidade contributiva do contribuinte.

Com isso, apesar de ser clara a importância do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático⁵², se verifica necessário o respeito as opções legislativas que não violem expressamente a Constituição Federal e que promovem os princípios constitucionais, de forma que, bem como a atuação minimalista propõe, o Poder Judiciário deve se autoconter tanto no caso do ITCD-RS, quanto no caso da supra citada ADPF nº 786, uma vez que não é de sua competência a definição de alíquotas, de regramentos tributários, e muito menos da alteração completa da matriz tributária.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fundamental para a construção do presente trabalho que toda perspectiva jurídica, seja ela acerca das características da matriz tributária

⁵² “Dessa maneira, muito embora seja inegável que a produção legislativa não deve ser um espaço incólume à interferência do controle judicial de constitucionalidade, não pode ser tampouco um espaço livre e francamente aberto à substituição dos critérios morais dos legisladores por critérios cabalísticos de juízes (...)” In: OLIVEIRA, C. L. de. Proibição de tributos com efeito de confisco: quem interpreta? **Revista de direito interenacional econômico e tributário - RDIET**, Brasília, Jul/Dez 2018. 213-241. p. 237 e 238.

brasileira, ou da notada tendência do Poder Judiciário de atuar de forma a usurpar competências dos outros Poderes, deve ser verificada pela ótica de respeito a uma compreensão sistemática da Constituição Federal.

Verifica-se que um dos argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao negar a progressividade na cobrança do ITCD e aplicar a alíquota mínima, parte da falácia de que o tributo real não pode ter características progressivas. Este argumento é falacioso por vários motivos, dentre eles podemos apontar que o art. 145, §1º da Constituição Federal não proíbe expressamente a progressividade sobre os tributos reais e que o tributo incidente sobre o patrimônio é de fácil verificação de signos de riqueza, ou seja, ao tributar o patrimônio o Fisco consegue, sem maiores esforços, verificar a capacidade contributiva do cidadão, o que faz com que se alcance uma maior justiça fiscal no ato de tributar.

O fenômeno da judicialização da política foi verificado no caso do ITCD-RS e com ele observou-se que esta interferência do Poder Judiciário acabou por romper a noção de especialização funcional que estrutura a ideia da separação dos Poderes, uma vez que a partir do momento em que o Judiciário assume competências legislativas, como no caso da definição de alíquotas tributárias, ele o faz não por meio de um processo eleitoral que legitime suas tomadas de decisões, mas sim por um sistema próprio que em nada é representativo.

Acerca dessa carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário é fundamental indicar que esse argumento não representa uma defesa irrestrita ao Poder Legislativo, uma vez que este possui seus defeitos e muitas vezes está longe de representar os anseios populares, entretanto os problemas da representação democrática não podem ser sanados por meio de atos no sentido de concentrar o poder na mão de um grupo de pessoas como se uma vanguarda

iluminista fossem, isso acaba por ferir o ideal democrático constitucionalmente estabelecido e criar novos modos de autoritarismo.

Nesse sentido, o caso do ITCD-RS se demonstra como um típico exemplo do juiz herói, em que a atuação ativista do Poder Judiciário acaba por romper as fronteiras estabelecidas pelo princípio da separação dos Poderes e usurpa competências que devem ser exercidas pelos órgãos democraticamente representativos, ao invés disso a atuação dos membros do Judiciário deveria ser de autocontenção, minimalista, uma vez que a opção dos membros do Poder Legislativo, nesse caso específico, foi ao encontro dos princípios definidos no texto constitucional.

Portanto, tendo em vista o exposto é que se verifica necessária a consolidação da progressividade na cobrança dos tributos no Brasil, uma vez que este país sofre há séculos com uma grave desigualdade social que ignora, exclui e mata milhares de cidadãos todos os anos pela falta de um mínimo existencial e, além disso, as instituições da República devem observar o seu devido lugar no quadro das competências constitucionalmente definidas, para que o ideal democrático se consolide no Brasil e para que se possa alcançar os objetivos da República definidos na Constituição Federal de 1988.

9. REFERÊNCIAS

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

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

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

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.

BARROSO, L. R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. p. 41 a 65. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 786. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6090018>. Acessado em: 1º de março de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_145_.asp. Acessado em: 1º de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.045 Rio Grande do Sul**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 70013242508**, de 10 de abril de 2006. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70013242508&numero_processo_desktop=70013242508&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acessado em: 25 de fevereiro de 2021.

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

CÔRTEZ, G. M. Brasil cobra mais impostos de pobres do que dos mais ricos, critica centro de estudos da ONU. **Instituto Justiça Fiscal**, 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao->

políticas-públicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

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

FREITAS, A. A. D. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser**, 2016. Disponível em: <<http://carta.fee.tche.br/article/imposto-sobre-herancas-e-doacoes-o-caso-do-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

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

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

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

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

GOBETTI, S. W.; ORAIR; OCTÁVIO, R. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG)**, 2016. Disponível em: https://www.ipcundp.org/pub/port/WP136PTTributacao_e_distribuicao_da_renda_no_Brasil.pdf. Acessado em 12 de agosto de 2020.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo FGV**, São Paulo, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O custo dos Direitos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

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

LAGEMANN, E.; STEIN, N. B. **A tributação das heranças no RS: fonte de receita ou de justiça social?** Porto Alegre, 2015.

OLIVEIRA, C. L. D. Proibição de tributos com efeito de confisco: quem interpreta? **Revista de direito interenacional econômico e tributário - RDiet**, Brasília, Jul/Dez 2018. 213-241.

OLIVEIRA, C. L. D.; MEDEIROS, I. K. **Artigo 142: os problemas da tese de Ives Gandra**. Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/artigo-142-os-problemas-da-tese-de-ives-gandra-03062020>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

PIKETTY, T. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. **Análise Receita Orçamentária**. Disponível em: <https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/REC-CON_1.aspx>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

SUNSTEIN, C. R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

VEJA. Revista Veja. **Veja**, 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/quem-voce-conhece-mais-os-11-do-stf-ou-os-11-da-selecao/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.

WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. Harvard University Press. Cambridge, 2016. p. 35.