

**O ATIVISMO JUDICIAL NA ESFERA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DO
JULGAMENTO DO RE Nº 574.706/PR PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

JUDICIAL ACTIVISM IN THE TAX SPHERE: ANALYSIS OF THE JUDGMENT
OF RE Nº 574.706/PR BY THE FEDERAL SUPREME COURT

Guilherme Antunes¹
Larissa de Castro Coelho²
Sebastião Sérgio da Silveira³

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo tratar sobre o fenômeno do ativismo judicial como forma de concretização de direitos fundamentais com destaque na esfera tributária. Com isso, analisou-se o famoso caso do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, conhecido como “Tese do Século”, que excluiu o ICMS da base de cálculos do PIS e COFINS. Apesar de inúmeras críticas ao fenômeno, percebe-se que se torna necessário nos casos

¹ Mestrando em Direito Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. E-mail: guilherme.santunes@sou.unaerp.edu.br

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de Franca, com atestado de boa conduta afirmando que sou uma das melhores alunas do curso. Trabalho de Conclusão de Curso aprovado no 8º semestre. Aprovada no XXXI Exame da Ordem com nota 9,05. Certificada pela Universidade de Santiago de Compostela conjuntamente com a INIEC sobre "Temas Avançados de Direito Público e Privado". Certificada pela Universidad Autónoma da Centro América conjuntamente com a INIEC sobre "Direitos Humanos (teoria e prática)". Certificada pela Universidad Rey Juan Carlos com a IBEROJUR sobre Cursos Intensivo de Derechos Fundamentales". Membro da revista científica "Cadernos de Direito Actual". Autora e coordenadora do livro "Pacote Anticrime sob a perspectiva da nova geração". Email: larissa.castro.coelho@hotmail.com

³ Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (1984), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). Advogado e Consultor. Promotor de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo (1988-2024); Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto no Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito, e Reitor da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP, Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. Professor Honorario da Facultad de Derecho da Universidad San Martin de Porres - Lima - Peru. Integrou, março de 2.011 a 2.016, o Comitê Executivo Estadual, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Editor Chefe da Revista Paradigma e da Revista Reflexão e Crítica do Direito. Membro Colaborador da Corregedoria Nacional do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça de 28.10.2022 a 06.02.2024. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: improbidade; ação civil pública, meio ambiente, terceiro setor, saúde pública, infância e juventude, cidadania e processo penal. E-mail: ssilveira@unaerp.br

que o Poder Judiciário se vê em situações que deve garantir direitos previstos na Constituição Federal, como é o caso do princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal. Destarte que para o desenvolvimento foi utilizado, o método de pesquisa bibliográfica sistemática, através de busca de periódicos, principalmente “Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário”, de Clarissa Tassinari, “As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis”, de Lênio Luiz Streck e “Ativismo judicial e os seus reflexos em matéria tributária”, por Eduardo Maneira. Palavras-chave como diretivas antecipadas são: ativismo judicial, direitos fundamentais, tributário, fiscal, garantista, interpretação jurídica, discricionariedade jurídica, entre outros. Por fim, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, tratou-se sobre o fenômeno do ativismo judicial e a sua relação condicionante com a judicialização da política, bem como os apontamentos necessários para a sua diferenciação. No último capítulo, foi apresentada a análise do caso de RE nº Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, conhecido como “Tese do Século”, bem como a suas discussões acerca da sua importância para o atual cenário constitucional do governo e os seus reflexos.

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos fundamentais; tese do século; tributário.

ABSTRACT

The scope of this work is to deal with the phenomenon of judicial activism as a way of realizing fundamental rights, with emphasis on the tax sphere. Thus, the famous case of Extraordinary Appeal nº 574.706/PR, Theme 69, judged by the Federal Supreme Court (STF) with general repercussion, known as “Thesis of the Century”, which excluded the ICMS from the calculation base, was analyzed. of PIS and COFINS. Despite numerous criticisms of the phenomenon, it is clear that it becomes necessary in cases where the Judiciary is in situations that must guarantee rights provided for in the Federal Constitution, as is the case with the principle of non-cumulativeness, provided for in art. 155, §2, item I, of the Federal Constitution. Thus, for the development, the method of systematic bibliographical research was used, through the search of periodicals, mainly "Jurisdiction and Judicial Activism: limits of the Judiciary's performance", by Clarissa Tassinari, "The Inadequate Theoretical Receptions in Terra Brasilis", by Lênio Luiz Streck and “Judicial activism and its effects on tax matters”, by Eduardo Maneira. Keywords such as advance directives are: judicial activism, fundamental rights, tax, fiscal, guarantor, legal interpretation, legal discretion, among others. Finally, during the development of the work, the phenomenon of judicial activism and its conditioning relationship with the judicialization of politics were discussed, as well as the necessary notes for its differentiation. In the last chapter, the analysis of the case of RE nº Extraordinary Appeal nº 574.706/PR, Theme 69, judged by the Federal Supreme Court (STF) in general repercussion, known as “Thesis of the Century”, was presented, as well as its discussions about its importance for the current constitutional scenario of the government and its consequences.

Keywords: judicial activism; fundamental rights; thesis of the century; tributary.

INTRODUÇÃO

Século XXI é marcado por grandes transformações e mudanças no cenário e muitas delas conquistadas décadas antes, com o assentamento da Democracia e previsão de inúmeros direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Entretanto, não é somente isso que se destaca: há um enorme protagonismo jurídico, isto é, o Poder Judiciário com atuações mais severas e, inclusive, muitas vezes com prerrogativas de outros poderes.

O presente trabalho tem como escopo tratar sobre o fenômeno do ativismo judicial como forma de concretização de direitos fundamentais com destaque na esfera tributária. Com isso, analisou-se o famoso caso do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, conhecido como “Tese do Século”, que excluiu o ICMS da base de cálculos do PIS e COFINS.

Apesar de inúmeras críticas ao fenômeno, percebe-se que se torna necessário nos casos que o Poder Judiciário se vê em situações que deve garantir direitos previstos na Constituição Federal, como é o caso do princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal.

Destarte que para o desenvolvimento foi utilizado, o método de pesquisa bibliográfica sistemática, através de busca de periódicos, principalmente “Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário”, de Clarissa Tassinari, “As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis”, de Lênio Luiz Streck e “Ativismo judicial e os seus reflexos em matéria tributária”, por Edurado Maneira. Palavras-chave como diretivas antecipadas são: ativismo judicial, direitos fundamentais, tributário, fiscal, garantista, interpretação jurídica, discricionariedade jurídica, entre outros.

Por fim, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, tratou-se sobre o fenômeno do ativismo judicial e a sua relação condicionante com a judicialização da política, bem como os apontamentos necessários para a sua diferenciação. No último capítulo, foi apresentada a análise do caso de RE nº Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, conhecido como “Tese do Século”, bem como a suas discussões acerca da sua importância para o atual cenário constitucional do governo e os seus reflexos.

2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E AS SUAS NUANCES NO CONTEXTO BRASILEIRO

Em decorrência da judicialização da política e discussões de cunho social, bem como uma aderência (ou preferência social) da cultura norte-americana no Brasil, os Tribunais, por meio do ativismo judicial, buscam soluções para várias questões que afetam a sociedade, sejam na espera da saúde, educação, tributária ou até mesmo interesses políticos e econômicos. Atualmente, o Poder Judiciário se conjuga constantemente com ativismo judicial.

Isso simplesmente tornou o direito brasileiro a mercê de decisões judiciais para praticar o disposto no texto constitucional e infraconstitucional, bem como introduzir uma nova interpretação de vários dispositivos, como, por exemplo, é o caso do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a exclusão do ICMS da base do PIS e COFINS.

Consequentemente, isso desencadeia uma menor atuação dos demais poderes e participação democrática nas grandes decisões, principalmente o Poder Legislativo, em decorrência da usurpação de prerrogativas pelo Poder Judiciário. Nessa seara, Luís Roberto Barroso afirma que,

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.⁴

Ou seja, a autocontenção judicial possibilita uma maior atuação dos Poderes políticos, seja o Legislativo ou Executivo. O Poder Judiciário, nesse cenário, reduz a sua atividade de interferência nas ações sociais, econômicas e políticas que exijam uma mudança de paradigma relacionado com a evolução da sociedade.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).p.10.

Em relação a origem do ativismo judicial, Clarissa Tassinari⁵ afirma que no contexto do constitucionalismo norte-americano e o sistema do *common law*, era impossível imaginar um órgão do poder judicial anulando atos de instituições que representavam o povo.

Em 1803, acontece o julgamento de *Marbury versus Madison*, onde ocorre uma manifestação de poder da Suprema Corte ao revisar uma decisão política, nascendo, assim, o *judicial review*. Entretanto, surgiu questionamentos sobre a legitimação do uso do controle de constitucionalidade pelas Cortes, em razão da inércia da constituição americana de atribuir essa função ao Judiciário.

O ativismo judicial nos Estados Unidos ganhou mais força nas décadas de 50 a 70, onde houve uma intensa jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer participação do Congresso ou decreto presidencial. Isso fez que surgir uma reação conservadora, com a finalidade de atribuir uma conotação depreciativa ao fenômeno, equiparada ao exercício impróprio do Poder Judiciário.⁶

Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade ensinam que a expressão ativismo judicial somente surgiu em 1947, em um artigo de Arthur Schlesinger Jr., intitulado “The Supreme Court: 1947”, publicado pela revista Fortune, que apresentava o perfil dos juízes da Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões de autocontenção” e “moderados”.⁷

No Brasil, o ativismo judicial surgiu após o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde os Tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, utilizam o fenômeno, como, por exemplo, aplicação direta da Constituição Federal para situações não previstas em seu texto e sem qualquer manifestação do legislador originário.

Clarissa Tassinari e Rafael Tomaz de Oliveira, a partir dos ensinamentos de Antoine Garapon e Lênio Streck, concluem que o ativismo judicial se liga a ideia de desejo, escolha, poder e vontade do intérprete, isto é, submete-se a critérios subjetivos de

⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.47.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).p.9.

⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, André Karam. **O ativismo judicial na débacle do sistema político**: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.11, n.2.2016. p.756.

escolha do juiz.⁸ Ou seja, há uma hermenêutica pautada em discricionariedade do julgador e, a depender das suas ideologias e experiências pessoais, a interpretação do texto constitucional estará condicionada.

A autora denomina o instituto no Brasil como ativismo judicial à brasileira, no qual pode ser evidenciada duas questões: a) a caracterização do ativismo judicial não é própria da nossa cultura e, nesse sentido, a expressa “à brasileira” sinalizaria conjugação de tradições ; e b) pode estar implícita uma crítica à utilização de termos de forma errônea da sua origem, o que implica um afastamento equivocado do real conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação da compreensão do constitucionalismo norte-americano.⁹

Isso decorre da existência de diferenças entre o Brasil e o os Estados Unidos, o que acaba por refletir na própria atuação do fenômeno em cada realidade jurídica. Se por um lado, nos Estados Unidos o instituto é usado como forma de controle de constitucionalidade, no Brasil, por outro, nada mais é do que a interferência exacerbada do Poder Judiciário na hermenêutica constitucional, o que, aliás, é extremamente contraditório, tendo em vista o longo texto da Constituição Federal.

Com o aumento da judicialização da política e uma atuação demasiada pelo Judiciário, percebe-se que a ausência de equilíbrio ocasiona um conseqüente afastamento das funções constitucionais judiciais, bem como uma participação democrática nos principais tópicos que afetam o país.

Lênio Streck, com a Crítica a Hermenêutica do Direito, compreende o ativismo judicial como um problema no âmbito do constitucionalismo democrático e repensa a construção do saber jurídico no Brasil. Nesse sentido, o autor apresenta o Constitucionalismo Contemporâneo (constitucionalismo pós-guerra), dando enfoque ao problema acarretado pelo ativismo judicial e, na perspectiva de Clarissa Tassinari, existem três problemas; a) enfrentamento das recepções teóricas equivocadas (aderir posicionamentos derivados de outras culturas); b) superação da discricionariedade judicial (que remetem a subjetividade do julgador); c) preservação da autonomia do

⁸ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial**: notas para uma necessária diferenciação. Inédito.p.17.

⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.73.

Direito (quando uma decisão exprimir um critério econômico, moral ou político, ou seja, não jurídico, estará caracterizado o ativismo judicial).¹⁰

Apesar do termo “ativismo judicial” aparecer pouquíssimas vezes nos julgados dos Tribunais Superiores, o protagonismo jurídico se destaca constantemente nas decisões judiciais, como é o caso da Reclamação Constitucional nº 4335/AC¹¹ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178¹², bem como inúmeros julgados no Brasil.

Apesar da disseminação que o ativismo judicial é usado como uma ferramenta de concretização de direitos, a realidade que o seu uso, acarreta violações aos direitos fundamentais e, inclusive, uma grande insegurança jurídica em relação as fundações da democracia.

Ou seja, em casos de usos descuidados, isso somente corrobora que o ativismo judicial pode se tornar um grande inimigo do Estado Democrático de Direito, pois, além de dificultar as manifestações democráticas, há violações aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o intuito de enfrentar essa protagonismo judicial, Lênio Streck¹³, propõe a Teoria da Decisão Judicial, baseada em um conjunto de princípios a serem seguidos pelo intérprete, ora julgador. Para o autor, existem 5 princípios: a preservação da autonomia do Direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional (que englobaria a superação da discricionariedade); respeito a integridade e a coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões (fundamentação da fundamentação); e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, isto é, uma hermenêutica conforme a Constituição.

Assim, é inegável as críticas sobre a utilização do ativismo judicial no contexto brasileiro, bem como as conseqüências advindas: um enfraquecimento da democracia, inacessibilidade das decisões pela população e, o mais preocupante, a

¹⁰TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp.73-80.

¹¹ STF - **Rcl: 4335 AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2006, Data de Publicação: DJ 25/08/2006 PP-00076

¹² STF - **ADPF: 178 DF**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 08/07/2009, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas da Terra Brasilis**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 10, 2011. (Revista *on line*).p. 33.

violação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Uma hermenêutica e atuação jurídica voltada para a Constituição, com observância as mudanças sociais constantes, é um grande passo para a busca e alcance do Estado Democrático de Direito.

3 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial e a judicialização da política são institutos ligados ao protagonismo do Poder Judiciário. A judicialização da política se interliga com o Direito, Política e Judiciário, o que caracteriza uma transdisciplinaridade entre as áreas do conhecimento, mas, principalmente, na relação do jurídica -política. Clarissa Tassinari, sob os ensinamentos de Friedrich Müller, afirma que,

O posicionamento de Müller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de se distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque, com tal frase, o autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que esta relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que Müller não precisa compactuar com o decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista) do Judiciário. No fundo, com isso, não se está apenas afirmando que o Direito e a Política se inter-relacionam, mas se está negando que a Política seja o elemento catalizador do decisionismo no Direito. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o elemento político do Direito. E é exatamente esta questão que gera as maiores dificuldades de conceber a judicialização da política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional.¹⁴

Apesar da ligação incontestável entre Direito e Política, apresentam uma diferença no seu núcleo característico: enquanto o último é subjetivo em relação as decisões que devem ser tomadas, isto é, representam a vontade do povo, o outro, por vez, deve, em razão da sua base principiológica, ser objetivo.

Clarissa Tassinari explica que essa intensa participação do Poder Judiciário se deve ao próprio processo de redemocratização do país, a partir da ruptura com a ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso deve, segundo a

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.17.

autora, a promessa de inclusão social, que objetiva consolidar um Estado que visa uma transformação social, redução da desigualdade econômica e regionais, bem como possibilitar oportunidades a todos.¹⁵

Com isso, surge no Brasil a tendência da judicialização da política. O cidadão, em busca da efetividade dos direitos consagrados na Constituição Federal, se socorre ao Poder Judiciário e esse é visto como solucionador de conflitos e da inércia estatal, seja nos aspectos sociais, econômicos ou políticos.

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos a judicialização da política ganhou destaque desde a criação do controle de constitucionalidade em 1803, conhecido como *judicial review*. Dois países e o mesmo fenômeno. O que os diferencia? Nada mais é do que o marco histórico e as circunstâncias sociais que impulsionaram o uso do instituto nos sistemas jurídicos.

Luís Roberto Barroso explica que existem diferentes naturezas para o fenômeno. A primeira se refere ao reconhecimento de um Poder Judiciário forte e independente, fruto do constitucionalismo democrático. A segunda gira em torno da desilusão com a própria política, decorrente de uma crise de representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo. Por fim, a terceira liga-se com a vontade dos agentes políticos da existência de um Poder Judiciário capaz de ser o responsável para decidir assuntos polêmicos.¹⁶

Em outras palavras, percebe-se que a judicialização permeia-se na crença do Poder Judiciário como fonte de concretização de direitos, onde o cidadão busca como forma de resolução dos conflitos socioeconômicos que surgem das relações jurídicas consolidadas, seja o direito à saúde, educação, sistema tributário, igualdade de gênero, entre outros. Isso é decorrente de descrença nos demais Poderes, bem como a falta de políticas públicas direcionadas para os tópicos apontados.

Clarissa Tassinari e Rafael Tomaz de Oliveira explicam que a diferença entre os dois fenômenos.

É importante ter presente que a diferença entre ativismo e judicialização não se dá apenas por uma questão de “natureza”. Há também um problema de corte teórico: **a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias**

¹⁵ Ibid., p.22.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).p.6.

contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição). É inútil procurar respostas ao problema do ativismo judicial em especulações sociológicas e/ou políticas porque seu ponto nevrálgico está situado dentro do próprio “sistema jurídico” e seu fio condutor é a questão da interpretação da Constituição. Já a judicialização é um fenômeno eminentemente político, contingencial, que tende a se agigantar e a diminuir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade da sociedade; o cumprimento pelos poderes constituídos dos direitos fundamentais; o número de regulamentações existentes.¹⁷

Como consequência do excesso de judicialização, surge outro fenômeno, o ativismo judicial, onde o Poder Judiciário, extrapola os limites da hermenêutica jurídica. Afirma-se, então, a existência de uma codependência entre o ativismo judicial e a judicialização, uma vez que o primeiro somente ocorre devido ao último.

Acontece que, muitas vezes essa atuação não se atenta aos problemas estruturais que podem surgir com o decorrer do tempo e que necessitam de uma atenção maior do Poder Público, principalmente do Executivo e Legislativo. Muitas dessas questões estão relacionadas com o Direito Financeiro e áreas correlatas.

Outrossim, Luís Roberto Barroso¹⁸ complementa ao enumerar as 3 principais críticas ao protagonismo jurídico exacerbado por meio do ativismo judicial. A primeira denominada política- ideológica, se relaciona com o questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciária e a suposta eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Aqui novamente há o questionamento se o instituto realmente é um protetor de direitos fundamentais e da própria Democracia.

O segunda, por sua vez, interliga-se com a capacidade institucional do Poder Judiciário, isto é, discute se é o Poder mais capacitado e habilitado para resolver a questão imposta, uma vez que, ao ponderar os efeitos sistêmicos, muitas vezes posiciona-se com cautela e deferência.

Por fim, a terceira crítica se vincula quanto à limitação do debate, que muitas vezes apresenta traços elitista e distante da realidade da população brasileira que não tem acesso ao *locus* característico de discussões jurídicas. Isso, por si, só demonstra o quão inacessível as decisões judiciais estão de ser compreendidas pelo não operador do Direito, pela falta de objetividade, clareza e acessibilidade.

¹⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial:** notas para uma necessária diferenciação. Inédito.p.6.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*).pp.10-13

Assim, a diferença entre os dois institutos vai além da natureza jurídica de cada um: a judicialização é um fenômeno político, que gera a propositura de ações judiciais de forma demasiada ao Poder Judiciário. Já o ativismo apresenta um caráter puramente hermenêutico. Todavia, é incontestável a ligação entre ambos, pois só há o segundo fenômeno com a ocorrência do primeiro.

4 O ATIVISMO JUDICIAL GARANTISTA NA ESFERA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706/PR PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), instituída pela Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970¹⁹, tem como objetivo promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, conforme consta no art. 1º, caput²⁰ da referida lei.

Em seu artigo 3º foi disposto que o Fundo de Participação seria constituído por duas parcelas: (i) mediante dedução de porcentagem do imposto sobre a renda devida pelas pessoas jurídicas; e (ii) com recursos próprios da empresa, recolhidos com base no faturamento, definindo, ainda, como seria a contribuição das instituições financeiras e das sociedades seguradoras, haja vista tratar-se de empresas que não realizam operações de venda de mercadorias ou prestação de serviços (art. 3º, § 2º²¹).

Após, a Lei Complementar nº 7/70 foi expressamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 239), bem como originou, por meio do artigo 195, a instituição de nova contribuição destinada ao financiamento da seguridade social, incidente sobre o faturamento, qual seja, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

¹⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970**. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Disponível em: [Lcp07 \(planalto.gov.br\)](http://Lcp07(planalto.gov.br)). Acesso em 15 de ago. de 2023.

²⁰ Art. 1º. É instituído, na forma prevista nesta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

²¹ Art. 3º. O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas: a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda; b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue: (...) § 2º. As instituições financeiras, sociedades seguradoras e outras empresas que não realizam operações de vendas de mercadorias participarão do Programa de Integração Social com uma contribuição ao Fundo de Participação de recursos próprios de valor idêntico do que for apurado na forma do parágrafo anterior.

Ressalta-se o legislador constituinte ao atribuir a competência à União para instituir tributos, além de definir regras de como estes deverão ser criados, também, estipulou limites que, ante a segurança jurídica, devem ser totalmente respeitados, como por exemplo, o princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Segundo Rodrigo Koeler Ribeiro²², o princípio supramencionado se refere a operação contábil, no qual há a dedução dos valores pagos em relação ao tributo em operações anteriores, como é o do ICMS e do PIS e COFINS. Isso possibilita o creditamento dos valores adimplidos anteriormente.

Neste sentido, os referidos diplomas legais estavam em perfeita harmonia com a redação originária do inc. I do artigo 195²³ da Constituição Federal, pois seguiam a base de cálculo definida, qual seja, o faturamento.

Entretanto, em momento posterior, com a edição da Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998²⁴, convertida na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998²⁵, alterou-se a base de cálculo da contribuição ao PIS e a COFINS, isto, a incidência de ambas sobre o **faturamento** e equiparou o conteúdo significativo daquele vocábulo ao de **receita bruta**, impondo que fossem os gravames calculados com suporte nesta última. Veja-se *in verbis*.

Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º. **O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.**

§1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (grifou-se)

²² RIBEIRO, Rodrigo Koehler. O princípio da não-cumulatividade no Direito Tributário Brasileiro. **Revista de Doutrina TRF4. Publicado em**, v. 25, n. 06, 2007.p.2-3.

²³ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.”

²⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998**. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: [L9718 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em 15 de ago. de 2023.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: [L9718 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em 15 de ago. de 2023.

Ou seja, por meio de legislação infraconstitucional, houve a ampliação do conceito imposto pela Constituição Federal, acarretando uma benesse ao ente fiscal e um enorme prejuízo ao contribuinte. Além disso, discutiu-se acerca da legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculos dos referidos tributos, tendo em vista o princípio da não - cumulatividade.

Essa mudança gerou várias judicializações da política até que, em março de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu sobre a exclusão do ICMS da base de cálculos do PIS e COFINS, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, em sede de repercussão geral, Ministra Relatora Cármen Lúcia, que ficou conhecida como “Tese do Século”. Veja-se a ementa abaixo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. **A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.** 3. **O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal.** O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (grifou-se)
(STF - RE: 574706 PR, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/03/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/10/2017)

Com o uso da hermenêutica jurídica, percebe-se que o caso abriu portas para inúmeras discussões na seara tributária, como a exclusão do ISS da base de cálculos do PIS e COFINS ou PIS e COFINS da própria base, por exemplo, com fundamento no princípio da não- cumulatividade.

O acórdão paradigma e atuação do Supremo Tribunal Federal seria mais um caso de ativismo judicial? Bom, nitidamente é um caso de incidência do instituto, uma

vez que, segundo Eduardo Maneira²⁶, a Constituição Federal determina que a competência legislativa tributária é da União, dos estados, municípios e Distrito Federal, o que não verifica espaço para o ativismo judicial. Somete seria aceito nos casos de ampliação dos direitos do cidadão contribuinte, desde que declarada a inconstitucionalidade de leis ou medidas provisórias que afrontam normas constitucionais.

O caso da exclusão do ICMS da base do PIS e COFINS não é o primeiro ou sequer o último referente ao uso do ativismo judicial na esfera tributária. Todavia, merece uma reflexão: se trata de uma hipótese de garantia de um direito constitucional ou ampliação prejudicial de um termo por uma lei infraconstitucional em favor do Poder Público, por motivos políticos e econômicos?

Segundo Betina Treiger Grupenmacher,

Acreditamos que, na atual conjuntura, ainda diante da sua eficácia limitada, os princípios-valor criam direitos subjetivos e podem ser, de imediato, aplicados como critério de interpretação. Nessa medida, **admitimos que haja margem para um ativismo judicial garantista em relação aos princípios constitucionais tributários, interpretando-os de acordo com o respectivo momento histórico e sopesando-os com outros valores e princípios constitucionais, quando necessário. Importante ressaltar, destarte, que tal só poderá ocorrer em favor do contribuinte ou do destinatário constitucional tributário, nunca para dar guarida ou resguardar interesses fazendários.**

Frequentemente, observa-se em decisões do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, a necessidade **de adoção da ponderação, enquanto método hermenêutico de interpretação da Constituição Federal**, para a solução de questões em que há antinomia entre princípios.²⁷ (grifou-se)

Ou seja, caso tenha a discussão de princípios constitucionais, entende-se necessária a aplicação do instituto, sendo denominado como “ativismo judicial garantista”. No caso analisado, verifica-se que a discussão e a argumentação giram em torno do princípio da não cumulatividade fiscal, previsto no art. 155, § 2º, inc. I²⁸, da Constituição da República.

²⁶ MANEIRA, Eduardo. Ativismo Judicial e os seus reflexos em matéria tributária. MANEIRA Eduardo (Coord.). **Direito Tributário e a Constituição**: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 269-282. p.9.

²⁷ GRUPENMACHER, Betina Triger. Ativismo x Garantismo judicial em matéria tributária – limites e possibilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, [s. l.], ano 1, n. 4, p. 111-150, 2015. p.137.

²⁸ “**Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) **I** - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) **II** - operações relativas à circulação de

Nesse sentido, Eduardo Mareira²⁹ explica que,

Uma das raras hipóteses em que seria legítimo o ativismo judicial seria a de se dar plenitude ao princípio da não-cumulatividade. Isto é, com base no princípio da não-cumulatividade, o Judiciário poderia suprir as omissões dos Estados que resistem em legislar regulando a forma de aproveitamento de créditos acumulados do ICMS.

Seria possível também imaginar o ativismo judicial para se dar eficácia a imunidades tributárias que dependessem de regulamentação infraconstitucional.

Nestes exemplos, há uma sinalização de algo que deveria ser observado: se o Judiciário tiver que legislar positivamente, que seja em favor dos direitos e garantias dos contribuintes

Desta forma, apesar das inúmeras problemáticas que giram em torno do uso do ativismo judicial, merece destacar a sua função de caráter garantista, quando desrespeitados princípios constitucionais, como é o caso da exclusão do ICMS da base do PIS e COFINS. Entretanto, isso não afasta as consequências do ato: o afastamento dos demais Poderes e a necessidade de medidas de contenção aos danos que surgirão com os pedidos de restituição ou compensação dos valores pagos erroneamente.

Apesar de uma hermenêutica voltada para a Constituição e uma aparente participação democrática decorrente do número expressivo de ações individuais e coletivas, percebe-se o iminente problema estrutural econômico, bem como a abertura para decisões pautadas no acórdão paradigma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, percebe-se a problemática que gira em torno do ativismo judicial no direito brasileiro, principalmente como mecanismo de concretização de

mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) **I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores; (...)**” (grifou-se)

²⁹ MANEIRA, Eduardo. *Ativismo Judicial e os seus reflexos em matéria tributária*. MANEIRA Eduardo (Coord.). **Direito Tributário e a Constituição: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 269-282. p.10.

direitos fundamentais. Todavia, como analisado anteriormente, o seu uso pode ser plausível nos casos de garantir a aplicação de princípios constitucionais, que muitas vezes são desrespeitados pelo Poder Legislativo e entidades fiscais.

O ativismo judicial, fruto do alto demanda da judicialização da política, acarreta grandes preocupações no cenário jurídico brasileiro, pois, com o uso da hermenêutica pautada em discricionariedade do julgador, há violações de direitos fundamentais e da própria Democracia. Todavia, merece destaque as hipóteses de atuação do Poder Judiciário para garantir direitos previstos na Constituição Federal, denominado o instituto como “garantista”.

Em relação a diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial, se inicia na natureza jurídica de cada um: a judicialização é um fenômeno político, que gera a propositura de ações judiciais de forma demasiada ao Poder Judiciário. Já o ativismo apresenta um caráter puramente hermenêutico. Todavia, é incontestável a ligação entre ambos, pois só há o segundo fenômeno com a ocorrência do primeiro.

No caso do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, Tema 69, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, conhecido como “Tese do Século”, percebe-se que a decisão de excluir o ICMS da base de cálculos do PIS e COFINS somente respeitou preceitos constitucionais, como o princípio da não-cumulatividade fiscal, previsto no art. 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal.

Com o uso da hermenêutica jurídica, percebe-se que o caso abriu portas para inúmeras discussões na seara tributária, como a exclusão do ISS da base de cálculos do PIS e COFINS ou PIS e COFINS da própria base, por exemplo, com fundamento no princípio da não-cumulatividade. Isso merece discussões aprofundadas, uma vez que possibilita o creditamento dos valores pagos erroneamente a entidade fiscal retroativamente, nos termos da prescrição quinquenal. Isto é, todos aqueles adimplidos nos últimos 5 anos da data da propositura da ação.

Desta forma, percebe-se que apesar do ativismo judicial apresentar características prejudiciais para a Democracia, percebe-se necessária para reafirmar direitos previstos na Constituição Federal. Como os tributos detêm de destinação específica, necessita-se que criação de políticas públicas para criação de normas de transição para mitigar os danos à coletividade com a restituição dos valores pagos, isto é,

um olhar do Poder Legislativo e Executivo ao problema, sem que nenhuma das partes seja prejudicada com a decisão garantista.

Isso não quer dizer que a decisão do Supremo Tribunal Federal esteja errada, pelo contrário, respeitou e garantiu o direito previsto em seu texto a parte mais vulnerável da relação, o cidadão contribuinte, mas, por falta de competências necessárias, não se atentou aos problemas estruturais socioeconômicos desencadeados e abertura de novos precedentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 de ago. de 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970.** Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Disponível em: [Lcp07 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/lcp07). Acesso em 15 de ago. de 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998.** Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: [L9718 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l9718). Acesso em 15 de ago. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.** Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: [L9718 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l9718). Acesso em 15 de ago. de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ. V.2, n.22, 2012. (Revista *on line*)

GRUPENMACHER, Betina Triger. Ativismo x Garantismo judicial em matéria tributária – limites e possibilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, [s. l.], ano 1, n. 4, p. 111-150, 2015

MANEIRA, Eduardo. Ativismo Judicial e os seus reflexos em matéria tributária. MANEIRA Eduardo (Coord.). **Direito Tributário e a Constituição: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 269-282.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. O princípio da não-cumulatividade no Direito Tributário Brasileiro. **Revista de Doutrina TRF4. Publicado em**, v. 25, n. 06, 2007.

STF - **Rcl: 4335 AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/08/2006, Data de Publicação: DJ 25/08/2006 PP-00076.

STF - **ADPF: 178 DF**, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 08/07/2009, Data de Publicação: DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009.

STF - **RE: 574706 PR**, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/03/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/10/2017

STRECK, Lênio Luiz. **As recepções teóricas inadequada da Terra Brasilis**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 10, 2011. (Revista *on line*).

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial**: notas para uma necessária diferenciação. Inédito.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, André Karam. **O ativismo judicial na débacle do sistema político**: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.11, n.2.2016.

WALDRON, Jeremy. **Political theory**: essas on institucions. Cambridge: Harvard University Press, Kindle Edition, Capítulo 7, “Princípios da Legislação”.

Submetido em 28.09.2024

Aceito em 08.10.2024