

RECEBIDO EM: 01.10.2016

APROVADO EM: 23.01.2017

O GIRO INSTITUCIONAL E A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES NA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO ART. 1º DA LC Nº 110/01

*THE INSTITUTIONAL TURN AND THE CAPACITIES APPROACH IN
THE ANALYSIS OF THE SUPERVENING (UN)CONSTITUTIONALITY
OF ARTICLE 1 OF "LC Nº 110/01"*

Renan Sales de Meira

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Bolsista de mestrado (CNPq)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Lei Complementar nº 110/2001: contexto de edição e panorama jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 2 A abordagem das capacidades – o giro institucional de Sunstein e Vermeule; 3 As capacidades institucionais e o recurso extraordinário nº 878.313; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A Lei Complementar nº 110/01 instituiu no ordenamento jurídico nacional dois tributos, dos quais um, na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), seria uma contribuição social – tributo finalístico, portanto. No Recurso Extraordinário nº 878.313, está posta a discussão da tese da inconstitucionalidade superveniente da exação referida, sob o fundamento de que se teria cessado a finalidade para a qual fora instituído do tributo em comento. À luz da abordagem das capacidades institucionais, defende-se que a solução correta a ser adotada pelo STF seria a posição de deferência ao Poder Legislativo, posto que em pior condição institucional para analisar a questão (verificação da necessidade de permanência do tributo) se comparado ao Congresso Nacional. Isso não significa, entretanto, ruptura com o princípio da supremacia constitucional, posto que esse não se confunde com a ideia de supremacia judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Tributos Finalísticos. Inconstitucionalidade Superveniente. Capacidades Institucionais. Deferência ao Legislativo.

ABSTRACT: The “Lei Complementar nº 110/01” instituted two taxes in Brazilian juridical system, of which one, according to Supremo Tribunal Federal (STF), is a social contribution – a finalistic tax. In Recurso Extraordinário nº 878.313, it is in discussion the supervening unconstitutionality of that tax thesis, allegedly because it should have ceased the necessity which was at the basis of the establishment of that tax. By the light of the institutional capacities approach, this article claims that the correct solution the STF has to adopt is to defer to the Legislative, because it is in a worse institutional position to analyze the question (whether it has ceased or not the necessity of the continuity of the taxation in comment), if compared to that of the Congresso Nacional. However, this doesn’t mean the denial of the constitutional supremacy principle, because it doesn’t come down to the idea of judicial supremacy.

KEYWORDS: Finalistic Taxes. Supervening Unconstitutionality. Institutional Capacities. Defer to Legislative.

INTRODUÇÃO

Adotando-se a classificação quinquipartida (ou pentapartida) dos tributos no ordenamento jurídico nacional, pode-se dizer que as contribuições especiais constituem uma espécie tributária caracterizada por seu caráter finalístico¹, em que sua arrecadação está vinculada ao cumprimento de determinada finalidade, não obstante a literalidade do art. 4º do Código Tributário Nacional². Ciente disso, parcela da doutrina tributária sustenta que, havendo a tredestinação – ou seja, a aplicação do montante arrecadado pela Fazenda Pública em finalidade diversa daquela prevista para tais tributos de arrecadação vinculada –, isso implicaria no reconhecimento da inconstitucionalidade da exação, visto que não subsistiria substrato constitucional para sua manutenção, referente à necessidade de sua instituição³.

Insta salientar que a Lei Complementar nº 110/2001, na leitura do Supremo Tribunal Federal (julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556), teria instituído uma contribuição especial em seu art. 1º, na modalidade de contribuição social, subespécie contribuição social geral⁴. Ressalte-se que esse tribunal reconheceu, em 2015, Repercussão Geral no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313, versando sobre a tese da inconstitucionalidade superveniente da exação

- 1 “A Constituição de 1988 disciplina tributos ‘finalisticamente’ afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhes é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do ponto de vista do Direito Tributário. É que a Constituição converte os atos que realizam a finalidade constitucional em fato gerador da obrigação” (DERZI, M. A. M. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42).
- 2 “Entretanto, ressalvas devem ser feitas ao art. 4.º do Código Tributário Nacional, no ponto em que considera irrelevante, de forma generalizada, a destinação do produto arrecadado para a definição da espécie tributária. É que a destinação, efetivamente, será irrelevante para a distinção entre certas espécies (taxas e impostos, p. ex.), mas é importante no que tange à configuração das contribuições e dos empréstimos compulsórios” (Ibid., p. 42).
- 3 Nesse sentido, Derzi: “as ações estatais que as contribuições visam a financiar devem estar no pressuposto da norma tributária, devem integrar sua hipótese de incidência, de tal modo que, uma vez pago o tributo, mas identificada a tredestinação ou a não aplicação dos recursos, estaremos em face de tributos sem ‘causa’, sendo devida a repetição do indébito” (Ibid., p. 58).
- 4 Não obstante se ter ciência das críticas formuladas à classificação efetivada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à exação em comento, bem como à própria constitucionalidade de sua instituição, no presente trabalho, como recorte metodológico para a discussão do objeto do estudo, pressupõe-se como correto aquilo já estabelecido na jurisprudência de tal tribunal. Assim, considera-se que, de fato, fora constitucional a instituição do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, bem como que essa exação se trata de uma contribuição social geral.

referida, sob o fundamento do cumprimento da finalidade prevista na criação do tributo em questão.

O presente trabalho tem por objetivo central discorrer se (e como) o *giro institucional* proposto por Sunstein e Vermeule⁵, notadamente no tocante ao debate a respeito das *capacidades institucionais*, poderia contribuir para o julgamento do mencionado recurso. Para tanto, delinea a seguinte estratégia argumentativa: na próxima seção, realiza um breve relato do contexto de surgimento da Lei Complementar nº 110/2001 (instituição do tributo em comento), bem como do panorama jurisprudencial da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF); na seção 3, a seu turno, expõe o que seria o giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule, relatando um exemplo prático de sua aplicação no Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/DF, acrescentando-se, na oportunidade, a advertência de que não se pode equiparar a noção de supremacia constitucional à de supremacia judicial. Na seção 4, reflete-se sobre as lições que se pode extrair do giro institucional no tocante à discussão posta para julgamento no Recurso Extraordinário nº 878.313, apresentando, em seguida, as considerações finais do trabalho.

1 LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001: CONTEXTO DE EDIÇÃO E PANORAMA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei Complementar nº 110/2001, editada para contornar possíveis efeitos perversos à situação financeira da Caixa Econômica Federal (gerenciadora das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS) e à administração da Justiça em decorrência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 226.855, instituiu, em seus arts. 1º e 2º, dois tributos. Ressalte-se que referida decisão judicial concedeu o pleito de correção monetária nas contas do FGTS, no importe de 16,64% e 44,08% sobre os saldos das contas existentes, respectivamente, no período compreendido entre 01/12/1988 a 28/02/1989 e no mês de abril de 1990.

Dentre tais tributos instituídos, menciona-se a contribuição estabelecida no art. 1º desse diploma normativo, assim redigido:

Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez

5 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Arian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Papers, Working Paper No 156*, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 19 dez. 2015.

por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Parágrafo único. Ficam isentos da contribuição social instituída neste artigo os empregadores domésticos⁶.

Segundo consta de outros dispositivos da Lei Complementar nº 110/2001, a Caixa Econômica Federal estaria autorizada a depositar na conta vinculada ao FGTS dos trabalhadores que realizassem acordos evitando ou colocando termo a litígio judicial parcela do valor devido em relação a tal correção monetária, com certo percentual de deságio. A princípio, pode-se dizer que os tributos instituídos na ocasião – como o ora sob comento – teriam por destinação o cumprimento desses acordos.

Ocorre que a última parcela desses acordos fora quitada em janeiro de 2007, pelo que se questiona se, a partir desse fato, poder-se-ia concluir, em sede judicial, pela inconstitucionalidade superveniente da exação prevista no art. 1º do mencionado diploma normativo, em virtude de suposto cumprimento da finalidade que justificara sua instituição. Para enfrentar a temática, urge tecer considerações sobre algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal em relação ao dispositivo.

Nesse sentido, referida Corte Suprema já teve a oportunidade de enfrentar a temática da constitucionalidade geral dos tributos instituídos por tal legislação complementar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.556/DF, em acórdão assim ementado:

Ementa: Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato

6 BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Complementar nº 110 de 29 de junho de 2001*. Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp110.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. A segunda contribuição criada pela LC 110/2001, calculada à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, extinguiu-se por ter alcançado seu prazo de vigência (sessenta meses contados a partir da exigibilidade – art. 2º, §2º da LC 110/2001). Portanto, houve a perda superveniente dessa parte do objeto de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade. *Esta Suprema Corte considera constitucional a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, b da Constituição). O argumento relativo à perda superveniente de objeto dos tributos em razão do cumprimento de sua finalidade deverá ser examinado a tempo e modo próprios.* Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em relação ao artigo 2º da LC 110/2001 e, quanto aos artigos remanescentes, parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, caput, no que se refere à expressão “produzindo efeitos”, bem como de seus incisos I e II⁷ (grifo nosso).

Ressalte-se que, na oportunidade do julgamento dessa ação, o Min. Rel. Joaquim Barbosa asseverou que o argumento da inconstitucionalidade dos tributos pelo cumprimento da finalidade da exação fora levantado pelo requerente após a propositura da ADI, mas que o Supremo Tribunal Federal não se manifestaria sobre a questão, pela ausência de cabimento de sua alegação no momento processual. Na opinião do referido Ministro, consistiria a questão em um “dado superveniente”, e, assim, “os envolvidos no controle de constitucionalidade não tiveram a oportunidade de exercer poder instrutório em sua plenitude”⁸.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tributário. *Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretadas por decisão judicial (RE 226.855)*. Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Joaquim Barbosa.

Não obstante a abstenção em enfrentar o mérito da questão, referido Min. Relator teceu algumas considerações sobre o tema, no que, além de caracterizar referidas exações como da espécie tributária das contribuições – de finalidade determinada (arrecadação vinculada) –, indicou que sua constitucionalidade dependeria da atual necessidade pública que motivara sua instituição, *in verbis*:

Assim, a existência das contribuições, com todas as suas vantagens e condicionantes, somente se justifica se preservadas sua destinação e sua finalidade. Afere-se a constitucionalidade das contribuições pela necessidade pública atual do dispêndio vinculado (motivação) e pela eficácia dos meios escolhidos para alcançar essa finalidade⁹.

Na ocasião, restou assentado no voto do Min. Relator, também, que, embora se trate a exação do art. 1º da LC nº 101/2001 de *contribuição social*, não se confunde com as *contribuições sociais de financiamento da seguridade social*, submetidas estas às regras próprias do art. 195 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como a anterioridade nonagesimal. Assim, no julgamento definitivo da ação, confirmou-se o entendimento externado no âmbito da decisão em sede liminar da ADI nº 2.556, no sentido de que referido tributo seria uma *contribuição social geral*, submetida ao regramento do art. 149 da CRFB/88. Consta na ementa do julgamento da ADI 2.556-MC:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - *A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie “contribuições sociais gerais” que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.* - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à arguição

Brasília, Acórdão de 13 de jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792333>>. Acesso em: 19 dez. 2015. Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

9 Ibid. Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

de inconstitucionalidade do artigo 14, “caput”, quanto à expressão “produzindo efeitos”, e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, “ex tunc” e até final julgamento, a expressão “produzindo efeitos” do “caput” do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001¹⁰ (grifo meu).

Ao final, julgou-se constitucional, por maioria, a previsão contida no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, com a ressalva do Min. Rel. Joaquim Barbosa da possibilidade de apreciação oportuna da inconstitucionalidade superveniente da contribuição referida:

Portanto, ressalvado o exame oportuno da inconstitucionalidade superveniente da contribuição pelo suposto atendimento da finalidade à qual o tributo fora criado, julgo prejudicadas estas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao tributo instituído no art. 2º da LC 110/2007. Conheço das ações quanto aos demais artigos impugnados, julgando-as parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do art. 14, caput, I e II de referida lei complementar, no que se refere à expressão “produzindo efeitos”¹¹ (grifo meu).

Na ocasião, ressalte-se que o Min. Marco Aurélio restou vencido, ao votar pela total procedência dos pedidos formulados na inicial, considerando inconstitucional todo o complexo normativo atacado. Destacou na oportunidade:

Repito, Presidente, que foram criadas contribuições com objetivo que não está contemplado na Carta da República: reforçar o caixa, presente a responsabilidade do Tesouro Nacional. E as parcelas, os percentuais alusivos a essas parcelas, os valores resultantes da incidência desses percentuais – há de ser frisado bem – não visaram beneficiar os trabalhadores; visaram, sim, aportar recursos para se cumprir – como deveria ser cumprido mesmo sem esses valores – a ordem jurídica em vigor. E, a partir disso, chegou-se a apontar que, diante de decisões judiciais da mais alta Corte – como se fosse preciso normatividade

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

11 Id., op. cit. (2012). Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

nesse âmbito –, ante os recursos decorrentes dessas parcelas, a Caixa Econômica ficava autorizada a creditar nas contas os percentuais a que me referi¹² (grifo meu).

Afirmou, então, que referida exação não poderia se enquadrar no art. 149 da CRFB/88, como espécie de contribuição social – ainda que sob a forma de contribuições sociais gerais. Ademais, além do referido julgado do STF, há ainda outros destaques a se realizar no tocante à temática do tributo previsto no art. 1º da LC nº 101/2001. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 878.313, pendente de apreciação pela Suprema Corte, em que a tese da inconstitucionalidade superveniente do tributo já ressaltada fora novamente submetida ao Judiciário.

Destaque-se que Repercussão Geral fora reconhecida à temática no ano de 2015, em acórdão assim ementado:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original¹³.

Portanto, no mencionado recurso busca-se a apreciação, por parte do STF, da questão cujo referido tribunal se absteve de apreciar no âmbito do julgamento do mérito da ADI nº 2.556 – qual seja, da inconstitucionalidade superveniente da contribuição prevista art. 1º da LC nº 101/2001, tendo

12 Ibid. Trecho transcrito do voto vencido do Min. Marco Aurélio no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 878313. Intelbrás S/A - Indústria de Telecomunicação Eletrônica Brasileira versus União. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 03 de set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9426138>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

em vista suposto exaurimento de sua finalidade. Para fundamentar sua argumentação, o pleito do contribuinte (recorrente) se embasa em ofício enviado pela Caixa Econômica Federal informando o pagamento das correções monetárias devidas às contas relativas ao FGTS nos termos da decisão do STF, bem como as razões do veto da Presidenta da República a Projeto de Lei que visou extinguir referido tributo.

Nas contrarrazões ao Recurso Extraordinário interposto pelo contribuinte, a União Federal, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, buscou afastar as alegações do recorrente tendo em vista a fundamentação do acórdão atacado, que negou o pleito formulado na ação antiexacional. No referido acórdão, dentre outras razões, menciona o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que a presunção de cessação da finalidade do tributo não pode ser adotada para fins de se julgar inconstitucional o tributo sob discussão. Ademais, assentou-se que a finalidade social da contribuição em questão seria o direito social previsto no art. 7º, inc. III da CRFB/88, qual seja o FGTS.

O parecer da Procuradoria-Geral da República, a seu turno, fora pelo desprovimento do recurso interposto. Em seu entendimento, o contexto fático de edição da lei em comento não delimitaria a finalidade da tributação, distinguindo-se, ademais, o que poderia ser a *mens legislatoris* (questões que motivaram os atores políticos a instituir o tributo) da *mens legis* (finalidade da norma), assentando-se a prevalência desta sobre aquela. Portanto, considerou-se que o fundamento da contribuição impugnada seria prover recursos ao FGTS, não necessariamente a recomposição financeira dos prejuízos sofridos pelas contas desse fundo em razão dos expurgos inflacionários, ainda que se considerasse esse o motivo político imediato daqueles que editaram a Lei Complementar nº 110/2001. Assim, não se poderia afirmar o exaurimento do objetivo da tributação em discussão.

Assentado o panorama atual do assunto no STF, passa-se às considerações a respeito das capacidades institucionais, inseridas no giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule.

2 A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES – O GIRO INSTITUCIONAL DE SUNSTEIN E VERMEULE

Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹⁴ discorrem a respeito do que seria um *giro institucional* (ou *virada institucional*), buscando fornecer nova

14 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

perspectiva de análise dos temas relacionados à interpretação jurídica. Nesse sentido, tais autores criticam as atuais teorias que versam sobre a temática, aduzindo que ideais abstratos não servem para resolver os desacordos referentes ao método adequado de interpretação¹⁵. Nessa ordem de ideias, seria uma constante nessas vertentes doutrinárias a defesa de determinadas concepções de democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo, como se tal pudesse resolver, por si só, toda a problemática atinente à interpretação¹⁶.

Assim, o *giro institucional* promovido por mencionados juristas propõe a reflexão, quando do trato das questões atinentes à interpretação, de dois fatores: as (1) capacidades institucionais, relativas às possibilidades reais de cada instituição, tendo-se em vista suas limitações e habilidades, lidar de forma adequada com a interpretação de determinados materiais jurídicos e, ademais (2) os efeitos dinâmicos (ou sistêmicos) de uma leitura particular exarada por determinada instituição específica, no tocante às consequências dessa interpretação em relação aos demais atores públicos e privados no seio da sociedade¹⁷. Caso queiram ser verdadeiramente úteis, debates a respeito da interpretação jurídica deveriam se atentar, necessariamente, para essas questões – que, segundo Bustamante (2013, p. 1115), seriam considerações de ordem empírica.

Desse modo, as teorias da interpretação jurídica que atualmente teriam maior destaque na literatura especializada pecariam por se preocupar apenas (ou, pelo menos, de modo prioritário) sobre como se decide em termos judiciais, pressupondo-se, por vezes, imagens heroicas a respeito das capacidades judiciais¹⁸. O cenário seria ainda pior, ressaltasse, porque essa visão idealizada do Poder Judiciário corriqueiramente seria acompanhada de uma compreensão distorcida das capacidades de outros operadores/criadores do direito, como o Poder Legislativo e as “agências”, integrantes do Executivo¹⁹²⁰.

15 SUNSTEIN, op. cit., p. 2.

16 Ibid., p. 2.

17 Ibid., p. 2.

18 Ibid., p. 3.

19 Ibid., p. 3.

20 Na literatura, já se denominou essa combinação entre uma visão idealizada da capacidade dos magistrados e uma compreensão pessimista a respeito das capacidades dos demais atores institucionais de *nirvana fallacy*. Nos dizeres de Sunstein e Vermeule (tradução minha), a *nirvana fallacy* seria “a justaposição de uma imagem idealizada das capacidades judiciais com uma imagem relutante das capacidades dos outros atores no sistema interpretativo” (Ibid., p. 16, tradução minha). No original: “the juxtaposition of an idealized picture of judicial capacities with a grudging picture of the capacities of other actors in the interpretive system” (Ibid., p. 16).

Pode-se dizer, ademais, que o *giro institucional* sustentado pelos autores se baseia numa premissa, segundo a qual as teorias normativas da interpretação que se preocupam unicamente com a melhor resposta à questão (*first-best accounts*) não são suficientes para resolver a pergunta pela forma adequada de interpretação jurídica²¹. Para realizar tal escolha, considerações de segunda ordem (*second-best account*) relativas às questões institucionais mencionadas são necessárias²². Assim,

a segunda melhor abordagem, que indaga pelos erros interpretativos e os efeitos dinâmicos, necessariamente pressupõe alguma primeira melhor abordagem. Isso é uma observação importante e, em certo sentido, irrepreensível. Entretanto, ela falha em relação ao nosso ponto central, que não é o de que uma abordagem de primeiro nível não possui seu valor ou é irrelevante, mas que ela é incompleta sem uma abordagem de segundo nível que considera os fatores institucionais. A análise institucional é necessária para a escolha de regras interpretativas, ainda quando for insuficiente. De qualquer modo, nós também alegamos algo mais profundo e ambicioso: a análise institucional pode ser suficiente em alguns cenários, porque ela permite aos intérpretes que adotam compromissos distintos convergir em relação a regras interpretativas particulares, enquanto torna suspensos os desacordos a respeito de suas abordagens preferidas em primeiro nível²³ (tradução minha).

Portanto,

se um juiz imperfeito sabe que ficará aquém do padrão de perfeição definido pela abordagem interpretativa de primeiro nível dominante, não resta claro porque ele deveria tentar se aproximar desse padrão tanto quanto possível²⁴ (tradução minha).

21 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 4.

22 Ibid., p. 4.

23 Ibid., p. 4. No original: "a second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues. Institutional analysis is necessary to the choice of interpretive rules, even if it is insufficient. In any case we also offer a further, more ambitious claim: Institutional analysis may indeed be sufficient in some settings, because it may allow interpreters who hold different commitments to converge on particular interpretive rules while bracketing disagreements about their preferred first-best accounts" (Ibid., p. 4).

24 Ibid., p. 23. No original: "if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible" (Ibid., p. 23).

Dos excertos acima transcritos, percebe-se que referidos autores sustentam duas alegações, das quais uma pode ser considerada fraca e, a outra, forte. Em relação à primeira (fraca), afirma-se simplesmente que as abordagens preferenciais – de primeiro nível (*first-best accounts*) –, derivadas das teorias normativas da interpretação jurídica, são insuficientes para, exclusivamente a partir dessas, se extrair regras de interpretação, visto que as considerações institucionais sempre possuiriam alguma influência no tocante à possibilidade de efetiva consecução dessas considerações mais adequadas em primeira instância²⁵. Quanto à outra tese – forte – sustentada pelos autores, pode-se dizer que essa corresponde à noção de que as considerações institucionais de segundo nível poderiam não apenas contribuir para a resolução das discussões no tocante às teorias interpretativas, mas, em determinados casos, serem suficientes para tanto, ao possibilitar que pessoas com opiniões distintas em relação a questões teóricas possam concordar os mesmos resultados práticos^{26,27}.

É interessante notar que, em relação especificamente à problemática da interpretação constitucional, Sunstein e Vermeule²⁸ ressaltam que a decisão no caso *Marbury v. Madison*, paradigma para o desenvolvimento da jurisdição constitucional, se absteve de considerações institucionais, realizando inferências estruturais fracas e descabidas. Nesse sentido, seria incorreto derivar, de um princípio de supremacia constitucional em relação à legislação infraconstitucional, que o Poder Judiciário estaria autorizado a invalidar leis que violam a Constituição²⁹. É plenamente possível adotar tal princípio sem, contudo, reconhecer ao Poder Judiciário autoridade para reforçá-lo³⁰ – ou, ao menos, promovê-lo em todas as hipóteses, notadamente quando se torna claro, por uma análise institucional, a baixa capacidade judicial para avaliar a questão.

Assim, a inferência equivocada presente na mencionada decisão teria, na realidade, ignorado tanto os riscos relativos aos erros judiciais quanto a possibilidade da ocorrência de consequências dinâmicas dos pronunciamentos do Poder Judiciário³¹, questões nitidamente afetas

25 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 24.

26 Ibid., p. 24.

27 Para aprofundamento na temática relativa a acordos envolvendo baixo grau de teorização, bem como de argumentos que buscam demonstrar sua importância no tocante à prática jurídica, cf. SUNSTEIN, 2007.

28 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

29 Ibid., p. 36.

30 Ibid., p. 36.

31 Ibid., p. 36.

à verificação das condições institucionais. Em um sistema em que os magistrados são corruptos e, ademais, há motivos para se crer na atuação legislativa compromissada com as determinações constitucionais, torna-se clara a possibilidade da defesa da supremacia judicial sem conceder ao Poder Judiciário, necessariamente, autorização para invalidar leis com base na alegação de sua contradição em relação à Constituição³², considerações de teor institucional.

Nas palavras de Bellamy³³, “um compromisso em relação a direitos difere da assunção de que sua proteção requer a sua fixação em uma Carta de Direitos supervisionada por uma Corte Constitucional” (tradução minha)³⁴. A equiparação entre supremacia judicial e supremacia da Constituição estaria atrelada a um modelo de *constitucionalismo jurídico* (*legal constitutionalism*), bastante relacionado à tradição do constitucionalismo norte-americano (embora, nesse país, a instituição da jurisdição constitucional também seja objeto de críticas por parcela da academia)³⁵. Entretanto, há que se reconhecer a possibilidade de desenvolvimento de um *constitucionalismo político* (*political constitutionalism*), ou pelo menos da adoção de suas reivindicações em parte da prática constitucional de determinada sociedade³⁶. Num modelo deste tipo, nega-se a (suposta) necessária equiparação entre supremacia

32 SUNSTEIN, op cit., p. 37-38.

33 BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 15.

34 No original: “a commitment to rights is different to assuming their protection requires their entrenchment in a bill of rights overseen by a constitutional court” (Ibid., p. 15).

35 Bellamy assim caracteriza o constitucionalismo jurídico: “a visão crescentemente dominante é a de que as Constituições preservam e asseguram os direitos centrais para uma sociedade democrática. Essa abordagem define a Constituição como um documento escrito, superior à legislação ordinária e entrenchada contra as modificações legislativas, judicializável e constitutiva do sistema político e jurídico. Ela sustenta que uma Constituição desse tipo, não a participação em si na política democrática, fornece a base para o tratamento democrático dos cidadãos enquanto indivíduos merecedores de igual consideração e respeito. O sistema eleitoral e os políticos podem se engajar em um processo democrático, mas eles nem sempre adotam valores democráticos. A defesa desses valores pertence à Constituição e aos seus guardiões judiciais” (BELLAMY, op. cit., p. 1). No original: “the increasingly dominant view is that constitutions enshrine and secure the rights central to a democratic society. This approach defines a constitution as a written document, superior to ordinary legislation and entrenched against legislative change, justiciable and constitutive of the legal and political system. It contends that a constitution of this kind, not participant in democratic politics per se, offers the basis for citizens to be treated in a democratic way as deserving of equal concern and respect. The electorate and politicians may engage in a democratic process, but they do not always embrace democratic values. The defence of these belongs to the constitution and its judicial guardians” (Ibid., p. 1).

36 É importante destacar que Bellamy nota que é plenamente possível a coexistência, em determinado sistema constitucional, de práticas afetas tanto ao constitucionalismo jurídico quanto ao constitucionalismo político. Isso seria o que, de fato, ocorreria na maioria dos países, não obstante

constitucional e supremacia judicial; reconhecendo-se que os indivíduos discordam razoavelmente sobre questões de princípios e direitos e sua forma de proteção e consecução, aduz que o processo democrático seria mais legítimo e efetivo, se comparado aos processos judiciais, para lidar com esses desacordos³⁷.

Não obstante seja Bellamy um crítico da jurisdição constitucional, Sunstein e Vermeule, na proposta do giro institucional, não objetivam realizar uma objeção a tal instituição, mas demonstrar, unicamente, como que a atenção às capacidades institucionais e aos efeitos dinâmicos das decisões deve ser aferida no tocante à escolha do modo de se tratar o princípio da supremacia da Constituição e à alocação de autoridade entre as instituições, o que reflete no modo adequado de se compreender a interpretação constitucional³⁸. Igualmente, destacar aqui a existência do modelo do constitucionalismo político não implica, necessariamente, concordar com todas as conclusões de Bellamy, mas argumentar que, em determinados casos, exigir do Judiciário uma postura de deferência com as escolhas de outras instituições, por motivos relativos à falta de capacidade necessária à avaliação da questão, não implica inexoravelmente em transigir com a supremacia constitucional, visto que esta não se confunde com a supremacia judicial.

Feitas tais observações, cumpre expor um exemplo prático de como a abordagem das *capacidades institucionais* pode ser utilizada no tocante à postura judicial interpretativa a ser adotada, para, posteriormente, discorrer sobre as possíveis lições que se pode extrair do *giro institucional* para o julgamento a ser efetivado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313. Assim, pode-se destacar a atuação do Supremo Tribunal Federal

o grau de deferência a um ou outro modelo varie substancialmente em relação a cada contexto específico (Ibid.).

37 Ibid., p. 4.

38 Importante destacar que Sunstein e Vermeule reconhecem que, atualmente, nem toda teoria constitucional (notadamente as teorias norte-americanas, em seu contexto de discussão) adota de modo estrito as formulações da decisão em *Marbury v. Madison* (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. op. cit., p. 38). Nesse sentido, citam, dentre outros, as perspectivas de Waldron – que demonstraria como as instituições legislativas poderiam melhor lidar com compromissos políticos insolúveis por outras vias – e de Tushnet – ao preocupar com o problema do possível esvaziamento do compromisso do legislativo com a Constituição em virtude da existência de um Poder Judiciário dotado do poder de examinar a constitucionalidade das leis (Ibid., p. 39) –, considerações que perpassam certa análise institucional. Entretanto, para Sunstein e Vermeule, as análises realizadas por esses e outros teóricos mais recentes do constitucionalismo ainda retratam a questão institucional unicamente para uma discussão mais ampla de competências institucionais; restaria deficiente, na discussão mais restrita das regras adequadas de interpretação constitucional, a inclusão de considerações de tal ordem (institucionais) (Ibid., p. 39).

no Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/DF. Em apertada síntese, o caso versa sobre sucessivas prorrogações de prazos de cronogramas estabelecidos em atos normativos do Ministério das Comunicações, lapso temporal conferido às prestadoras de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão para que promovessem a adequação de suas instalações para proporcionar a audiodescrição, consubstanciada na

narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrição de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual³⁹.

Após tais prorrogações sucessivas do prazo inicialmente estipulado, sob o fundamento da impossibilidade técnica do cumprimento dos cronogramas anteriormente estabelecidos, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública reivindicando a condenação da União ao cumprimento do cronograma primeiramente determinado, bem como a se abster de publicar novos atos normativos que prorrogassem referido lapso temporal. Nos autos da Apelação nº 2009.34.00.004764-8, julgada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o *parquet* obteve o reconhecimento judicial do pleito em questão, acórdão que compõe, juntamente com determinados atos normativos, o objeto da ADPF nº 309/DF.

Assim resumiu o Min. Rel. Marco Aurélio o cerne da questão, em seu relatório, ao citar a decisão monocrática na qual deferiu a liminar requerida:

A controvérsia e atos impugnados remetem a ponto único: o questionamento da validade da Portaria nº 188, de 2010, expedida

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE – REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – AFASTAMENTO POR DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO NO SUPREMO – PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR REFERENDADA. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo. Referendo em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 25 de set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7356937>>. Acesso em: 19 dez. 2015. Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

pelo Ministério das Comunicações, visando alterar cronograma originário de implementação do recurso de audiodescrição, em virtude das dificuldades técnicas reconhecidas pelo próprio Órgão no âmbito de debate e consulta pública, cuja inconstitucionalidade foi alegada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160⁴⁰.

Constou no relatório, também, a exposição da fundamentação utilizada na decisão monocrática concessiva da liminar pleiteada:

A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados. Dentro desse enfoque, a Portaria revela-se providência adotada por órgão revestido de capacidade cognitiva para investigar as condições materiais e de tempo imprescindíveis à implantação da medida de acessibilidade e definir o procedimento pertinente. Sob uma óptica realista, o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo.

As múltiplas variáveis que motivaram a edição da Portaria não são imunes ao crivo judicial, especialmente se levada em conta a relevância constitucional do propósito social buscado. No entanto, a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo⁴¹.

E, em seu voto no âmbito do julgamento ora sob análise (referendo da medida cautelar anteriormente concedida), asseverou:

O processo revela matéria de alta complexidade técnica em relação à qual o Ministério das Comunicações havia, inicialmente, concluído pela prorrogação de prazo para cumprimento dos deveres envolvidos.

40 BRASIL, op. cit. (2014). Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

41 Ibid. Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

Ato judicial no sentido de impor novo lapso temporal implicou evidente reavaliação de diagnósticos e prognósticos feitos pelo órgão especializado competente para tanto, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal e a eficiência administrativa. Ante essas razões, proponho o referendo do Pleno à decisão por mim proferida⁴².

Percebe-se, do exposto, que o Min. Marco Aurélio reconheceu, em atenção às considerações relativas às capacidades institucionais, a inadequação de o Poder Judiciário rever decisões de órgãos administrativos especializados em matéria envolvendo questão de alta complexidade técnica. Interessante notar que o Min. Luiz Fux, à ocasião, expressamente enquadrou a discussão no âmbito do debate a respeito das capacidades institucionais:

Eu me refiro especificamente à questão das capacidades institucionais. Esse caso é um caso emblemático sob esse ângulo constitucional. Vossa Excelência sempre afirma que uma instância pode muito, mas não pode tudo, e isso se refere a todos os Poderes. Então, também não se pretende um governo de juízes, até porque nos falta, dentre outras coisas, essa capacidade institucional que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões, dentre outros, pelo Professor Cass Sunstein, se não estou equivocado, de Harvard, e pelo Professor Adrian Vermeulle [sic]⁴³.

Ressalte-se, por fim, que o tribunal, de forma unânime, referendou a medida cautelar concedida monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio. Destacado, portanto, um exemplo prático de consideração das *capacidades institucionais* em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, cumpre avaliar se (e como) essa abordagem institucional poderia influir no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.313.

3 AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.313

Ressaltada a abordagem das capacidades, inseridas no âmbito das considerações de teor institucional, cumpre discorrer sobre a adequada solução a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.313. Inicialmente, insta salientar,

42 BRASIL, op. cit. (2014). Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

43 Ibid. Trecho transcrito das alegações do Min. Luiz Fux em sede de debate no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

pensa-se que as advertências decorrentes do giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule permitem concluir que o Poder Judiciário, em análise comparativa com os demais poderes estatais, não estaria autorizado a decidir favoravelmente ao recorrente no caso – ou seja, avaliar se (e constatar que) os motivos que justificaram a criação do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 se findaram.

Conforme já advertido, a espécie tributária em questão, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, se trata de uma contribuição social, na subespécie das contribuições sociais gerais. Desse modo, o motivo para sua instituição pressupõe uma finalidade a ser cumprida com referida tributação, mediante a aplicação obrigatória dos recursos arrecadados com tal contribuição na consecução dessa.

Torna-se patente que os demais poderes, notadamente o Poder Legislativo e sua assessoria técnica, estão em melhores condições institucionais de avaliar a questão (cumprimento ou não das finalidades que justificaram a instituição do tributo), motivo pelo qual a abordagem das capacidades, *in casu*, implica em que o Supremo Tribunal Federal deveria se abster de realizar esse juízo a que não seria o ator institucional mais adequado a efetuar. Adentrar na análise do cumprimento ou não das finalidades que teriam embasado a criação da exação para fins de aferição de uma possível inconstitucionalidade superveniente do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 seria superestimar a capacidade do Poder Judiciário de avaliar a questão, ao passo que, igualmente, estar-se-ia ignorando a possibilidade de o Poder Legislativo cumprir tal desiderato – recaindo-se, portanto, na *nirvana fallacy* anteriormente descrita.

Aqui, urge tecer alguns comentários, para evitar equívocos. Embora, de fato, haja extenso rol de críticas formuladas à jurisdição constitucional⁴⁴, o argumento exarado não depende dessas objeções. Referida constatação decorre da noção de que não se apresenta nenhuma concepção de democracia, para posteriormente dizer que a atribuição de autoridade ao Poder Judiciário para declarar inválidas leis que contrariam a Constituição seria negada por essa compreensão relatada. Isso porque, conforme já descrito, o giro institucional não parte de nenhuma teorização sobre democracia, justiça ou outros valores políticos para, a partir daí, derivar inexoravelmente regras sobre a postura

44 Cf., dentre outros, WALDRON, 1999, 2006.

adequada dos magistrados; ao revés, busca simplesmente trazer para o debate a respeito dessa atuação as discussões referentes às possibilidades reais de as instituições existentes tratarem de modo satisfatório as questões envolvendo decisões coletivas, como sua capacidade de avaliação dos pressupostos decisórios, bem como das consequências dinâmicas da postura eventualmente adotada.

Assim, o presente trabalho nega a possibilidade de, no caso do Recurso Extraordinário nº 878.313, o Supremo Tribunal Federal considerar a inconstitucionalidade superveniente do tributo cuja previsão se encontra no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 não em virtude de uma crítica geral à jurisdição constitucional, mas pela constatação de sua (in)capacidade institucional – face à dos demais poderes e, notadamente, do Poder Legislativo – de tratar adequadamente a questão. Ademais, conforme decorre do já explicitado, isso não implica numa ruptura com a ideia de supremacia constitucional, visto que essa não se equipara à supremacia judicial, o que é observado tanto por Sunstein e Vermeule⁴⁵ quanto por Bellamy⁴⁶. Demais atores institucionais que não o Poder Judiciário efetivamente realizam interpretações constitucionais, o que restaria claro num projeto de constitucionalismo político⁴⁷.

Tendo em vista o exposto, aos magistrados é vedado presumir que o simples cumprimento dos acordos previstos na Lei Complementar nº 110/2001 é capaz de afastar a necessidade da contribuição social prevista no art. 1º desse diploma normativo. Deixando claro o posicionamento aqui defendido, pode-se dizer que: (1) em tese, é possível se afirmar que, cessada a necessidade para a qual instituída determinada contribuição social – como é o caso –, a cobrança do tributo se torna inconstitucional; (2) entretanto, isso não significa que *o cumprimento dos acordos* é suficiente para se afirmar a *desnecessidade* da arrecadação do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001; (3) ademais, em qualquer hipótese, não é permitido ao Poder Judiciário avaliar

45 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

46 BELLAMY, op. cit.

47 Cabe aqui um esclarecimento. O constitucionalismo político defendido por Bellamy se ampara, efetivamente, numa crítica à jurisdição constitucional, esta (jurisdição constitucional) atrelada ao modelo do constitucionalismo jurídico. Acredita-se que isso não implica, entretanto, a impossibilidade de se valer de suas ilações a respeito da não equivalência entre supremacia constitucional e supremacia judicial para discutir a questão ora em debate, a partir da abordagem das capacidades institucionais, unicamente para fins de se demonstrar que a tese defendida não precisa transigir com aquele princípio. Não importa, também, numa defesa geral do constitucionalismo político, como forma superior de atribuição de competências em relação a todas ou à maioria das decisões públicas coletivas.

essa *necessidade/desnecessidade* de arrecadação do tributo, posto que não possui a *capacidade institucional* necessária a tanto, sendo juízo que deve ser *restrito ao Poder Legislativo*, a quem compete avaliar a necessidade ou não de instituição e cobrança do tributo (e, portanto, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, no caso das contribuições).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar nº 110/2001 instituiu, em seu art. 1º, uma contribuição social geral, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como modo de amenizar possíveis efeitos perversos do reconhecimento do direito à correção monetária no saldo existente nas contas do FGTS, relativo a determinados períodos, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 226.855. Cumpridos os acordos para evitar ou por termo a litígios judiciais versando sobre a complementação em comento, levantou-se a tese da inconstitucionalidade superveniente da exação referida, posto se tratar de tributo finalístico que, supostamente, teria cessada sua necessidade de arrecadação, temática a ser decidida por tal tribunal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313, com Repercussão Geral reconhecida.

Entretanto, a partir do giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule, notadamente na vertente da abordagem das capacidades institucionais, pode-se perceber que falece ao Poder Judiciário a competência para avaliar a (des)necessidade atual de cobrança desse tributo, visto que, por uma análise comparativa, estaria em pior condição institucional de promover tal valoração. Desse modo, a análise deveria ser efetivada pelo Poder Legislativo, a quem competiria, caso julgasse ausente a motivação para sua cobrança, revogar o tributo anteriormente instituído.

Essa conclusão, contudo, não implica na renúncia ao princípio da supremacia da Constituição, posto ser incorreto equipará-lo à ideia de supremacia judicial. Na hipótese específica em comento, problema nenhum há em reconhecer que, tendo-se em vista a abordagem das capacidades institucionais exposta, cabe a instituição diversa do Poder Judiciário a análise da constitucionalidade atual da exação. Assim, deve o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 878.313, decidir pelo seu desprovimento, mantendo-se o acórdão atacado, em atenção às próprias limitações.

REFERÊNCIAS

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Complementar nº 110 de 29 de junho de 2001*. Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp110.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é insito ao Judiciário. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE – REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – AFASTAMENTO POR DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO NO SUPREMO – PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR REFERENDADA. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo. Referendo em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 25 de set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7356937>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 878313. Intelbrás S/A - Indústria de Telecomunicação Eletrônica Brasileira versus União. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 03 de set. 2015. Disponível em: <<http://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9426138>.
Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, Acórdão de 13 de jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792333>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Comment on Györfi—Dworkin, Vermeule and Györfi on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement. *German Law Journal*, [s. 1], v. 14, n. 8, p. 1109-1146, ago. 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/s/GLJ_Vol_14_No_08_Bustamante.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

DERZI, M. A. M. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper No. 147, jan. 2007. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Arian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Papers*, Working Paper No 156, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 19 dez. 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1346-1360, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20455656>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

