

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora) : 1. Como visto, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo partido Solidariedade (SD) em face do art. 11 da Lei 13.254/2016 que excluiu a aplicação do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) em relação aos detentores de cargos eletivos e aos ocupantes de funções públicas de direção, bem como seus parentes até o segundo grau.

Legitimidade ativa *ad causam*

2. Reconheço a legitimidade ativa *ad causam* do Solidariedade (SD), partido político com representação no Congresso Nacional, para ajuizamento da presente ação direta, nos termos do inciso do art. 2º, VIII, da Lei nº 9.868/1999 e art. 103, VIII, da Constituição da República.

Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT)

3. A Lei 13.254/2016 instituiu em nosso ordenamento jurídico o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) que consubstancia, a teor de seu art. 1º, programa de regularização de recursos, bens e direitos **de natureza lícita**, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País.

Se, de um lado, a adesão ao RERCT **impõe** o pagamento de imposto de renda sobre os ativos objeto de regularização, nos termos do art. 6º, *caput*, à alíquota de 15% (quinze por cento) e a incidência de multa de 100% (cem por cento) sobre o valor devido à título de tal imposto (art. 8º, *caput*), **acarreta**, de outro lado, a **extinção** da punibilidade de diversos crimes (art. 5º, § 1º) e, também, a **extinção** de todas as obrigações de natureza cambial ou financeira, principais ou acessórias, inclusive as meramente formais, que pudessem ser exigíveis em relação aos bens e direitos declarados (art. 5º, § 2º).

Vê-se, desse modo, que o RERCT, cujo objetivo declarado pelo Governo Federal é o incremento da arrecadação, além de impactar sobremaneira na esfera tributária, traz consequências gravíssimas para a seara penal, tendo em vista que provoca, caso devidamente cumpridos seus requisitos e

condições, a extinção da punibilidade dos tipos penais previstos nessa lei. Ou seja, concede-se anistia para repatriação de ativos financeiros, de modo a ampliar, sem aumento da carga de tributos, o recolhimento fiscal.

Observo que a presente ação direta impugna unicamente o art. 11 da Lei 13.254/2016, que excluiu a aplicação do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) em relação aos detentores de cargos eletivos e aos ocupantes de funções públicas de direção, bem como seus parentes até o segundo grau, à alegação de violação do princípio da isonomia tributária.

Inconstitucionalidade material. Inexistência de violação do princípio da isonomia tributária

4. Como se sabe, a amplitude conceitual do princípio da igualdade não permite, em regra, aferir, *ex ante*, a violação de seu conteúdo material, sendo, pois, indispensável a existência de hipótese concreta para tal exercício.

Celso Antônio Bandeira de Mello em obra doutrinária paradigma quanto ao princípio da igualdade destaca a necessidade de:

“(…) investigar, de um lado, **aquilo que é adotado como critério discriminatório**; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, **fundamento lógico**, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a **correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional**. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, **haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional**. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.”

Ainda segundo seu magistério doutrinário, para a análise da violação do princípio da igualdade faz-se imprescindível perquirir (*i*) o critério de discriminação, (*ii*) a existência de fundamento legitimador da desigualdade realizada pela lei e (*iii*) a relação de compatibilidade entre

o fator discriminatório e os demais valores constitucionais. Tudo porque, havendo fundamento constitucional suficiente e adequado, sequer é possível falar em discriminação odiosa.

Com efeito, a Constituição Federal veda o tratamento desigual em situações absolutamente idênticas, mas, em absoluto, impede a adoção de condutas distintas frente a situações desiguais. Nessa toada, recolho de voto do Ministro Ayres Britto *a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem* (ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 03.5.2012, DJe 22.3.2013).

O ordenamento constitucional brasileiro não proíbe todo e qualquer tratamento desigual. Pelo contrário. Há situações em que somente a desigualação permite atingir os fins e os objetivos constitucionalmente formulados, com a concretização da igualdade material, mediante o emprego de procedimento díspar para os mais diversos atores envolvidos (ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 26.4.2012, DJe 20.10.2014; ADC 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 08.6.2017, DJe 17.8.2017, v.g.).

Existindo correlação lógico-jurídica entre o fator de discrimen e os interesses constitucionais perseguidos, não há falar em violação do princípio da igualdade. Há consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de desigualações, desde que haja, sublinho, fator discriminatório lícito e que o tratamento diverso encontre fundamento em outros valores constitucionais.

Nesse sentido, trago à colação, em matéria tributária, a jurisprudência desta Suprema Corte:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 4º DA PORTARIA Nº 655/1993 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARCELAMENTO DE DÉBITOS. ADESÃO POR CONTRIBUINTE COM DEPÓSITO JUDICIAL. RESTRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ARBITRARIEDADE LEGISLATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR DEVIDO PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRERROGATIVA DO

CONTRIBUINTE QUE SE CONDICIONA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da isonomia, refletido no sistema constitucional tributário (art. 5º c/c art. 150, II, CRFB/88) não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica, mas, também, na implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade.

2. A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição (adequada correlação valorativa).

3. A norma revela-se antijurídica , ante as discriminações injustificadas no seu conteúdo intrínseco , encerrando distinções não balizadas por critérios objetivos e racionais adequados (fundamento lógico) ao fim visado pela diferenciação .

4. O princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, CRFB/88, segundo o qual “ *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* ” tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que possam impor obstáculos desarrazoados ao acesso à justiça, ao permitir o acesso plural e universal ao Poder Judiciário.

5. Os contribuintes podem vindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado-Juiz, posto ser o sistema judiciário igualmente acessível a todos e apto a produzir resultados individual e socialmente justos.

6. A norma que cria entraves ao acesso ao Poder Judiciário, ou que atenta contra os princípios e direitos fundamentais constitucionais, é inconstitucional, por isso que: “ *É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.* ” (Súmula Vinculante 28).

7. O depósito do montante integral do crédito tributário impugnado judicialmente (art. 151, II, CTN) tem natureza dúplice, porquanto ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade. A sua conversão em renda equivale ao pagamento previsto no art. 156 do CTN, encerrando modalidade de extinção do crédito tributário.

8. O parcelamento tributário, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, que não dispensa o sujeito passivo dos encargos relativos à mora, à luz do disposto no artigo 151, VI, CTN, encerrando hipótese diversa do depósito judicial que, uma vez efetuado, exonera

o contribuinte dos acréscimos moratórios e demais encargos legais decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária.

9. O cerne da controvérsia *sub examine* consiste em suposta violação aos princípios da isonomia e do livre acesso à justiça pela Portaria nº 655/93 do Ministério da Fazenda que, ao dispor sobre o parcelamento de débitos inerentes à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (LC nº 70/91), veda-o aqueles contribuintes que ingressaram em juízo e implementaram o depósito judicial do montante controvertido, como enunciado pelos artigos 1º e 4º, *verbis* : “ Art. 1º Os débitos para com a Fazenda Nacional, decorrentes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, vencidos até 30 de novembro de 1993, poderão ser objeto de parcelamento em até oitenta prestações mensais e sucessivas, se requerido até 15 de março de 1994. (...) Art. 4º Os débitos que forem objeto de depósito judicial não poderão ser parcelados.” (grifo nosso)

10. A concessão de parcelamento apenas aos contribuintes que não ingressaram em juízo ou aos que ajuizaram ações, mas não implementaram o depósito do crédito tributário controvertido, e a exceção aos contribuintes que ingressaram em juízo e realizaram o depósito judicial, não revela discriminação inconstitucional, porquanto obedece a todos os aspectos essenciais à observância da isonomia na utilização de critérios de desigualação.

11. O *discrimen* adotado pela Portaria nº 655/93 aplica-se indistintamente a todos os contribuintes que optaram pela realização do depósito judicial. Ademais, diz respeito apenas aos valores objeto dos respectivos depósitos, e não aos contribuintes depositantes, além de guardar estrita pertinência lógica com o objetivo pretendido pela norma.

12. **O critério de desigualação está em consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal**, porquanto prestigia a racionalização na cobrança do crédito público, consubstanciando solução administrativa que evita o ajuizamento de demandas desnecessárias e estimula o contribuinte em situação irregular ao cumprimento de suas obrigações.

13. O regime jurídico do depósito judicial para suspensão da exigibilidade crédito tributário, como faculdade do contribuinte, impõe que o montante depositado no bojo da ação judicial se torne litigioso, permanecendo à sorte do resultado final da ação. Conseqüentemente, o montante depositado resta indisponível para ambas as partes enquanto durar o litígio, posto garantia da dívida *sub judice*.

14. Os contribuintes que efetuaram depósitos em juízo de valores relativos a débitos da COFINS se equiparam aqueles que adimpliram

as suas obrigações, efetuando o pagamento do crédito tributário, porquanto o montante depositado fica condicionado ao resultado final da ação.

15. Com o julgamento da ADC nº 01/DF por esta Corte (Pleno, ADC nº 01/DF, Rel. Min. Moreira Alves, sessão de julgamento de 01/12/93, DJ de 16/06/95), restou assentada a legitimidade da exação, de modo que as ações ajuizadas pelos contribuintes para discussão de sua constitucionalidade encerrarão resultado favorável à Fazenda Pública, o que impossibilita de toda a forma o levantamento dos depósitos judiciais porventura realizados.

16. Forçoso concluir que hipótese encartada neste ato normativo secundário não configura violação ao princípio da isonomia, pois distingue duas situações completamente diferentes: a do contribuinte que voluntariamente efetuou o depósito judicial do débito, ficando imune aos consectários legais decorrentes da mora, e a do contribuinte que se quedou inerte em relação aos débitos que possuía com o Fisco.

17. Não há que se falar, igualmente, em ofensa ao livre acesso à justiça, porque não se impõe o depósito judicial para o ingresso em juízo, o que, acaso exigido, inevitavelmente atrairia o vício de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º, XXXV, CRFB/88.

18. Caso o contribuinte tenha entrado em juízo e realizado o depósito do montante que entendera devido, havendo eventual saldo a pagar, pode o mesmo aderir ao parcelamento para sua quitação, não havendo que se falar, portanto, em obstrução à garantia de acesso ao Judiciário.

19. Tese firmada na Repercussão Geral: “ Não viola o princípio da isonomia e o livre acesso à jurisdição a restrição de ingresso no parcelamento de dívida relativa à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, instituída pela Portaria nº 655/93, dos contribuintes que questionaram o tributo em juízo com depósito judicial dos débitos tributários. ”

20. Recurso extraordinário PROVIDO.”

(RE 640.905/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 15.12.2016, DJe 01.02.2018)

5. Consabido, por outro lado, que o princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal, tem como escopo primário a vedação ao tratamento distinto entre contribuintes que estejam **na mesma situação** .

Assim, o princípio da igualdade assume, no âmbito tributário, a feição da vedação ao tratamento discriminatório fiscal. Nesse diapasão, a constatação de situação equivalente depende de formulação de critérios objetivos. Heleno Torres ressalta que:

“Nos últimos tempos, devido à intensa complexidade das legislações, as preocupações quanto à interdição de tratamento discriminatório na tributação têm crescido em importância. Segregar contribuintes em categorias, como pequenas empresas, grandes contribuintes ou grandes devedores, para que a estes sejam empregados tratamentos diferenciados, por exemplo, requerem estudos adensados e os critérios de comparação não são em nada coincidentes.

Por isso, não existe uma definição única para a discriminação fiscal, no âmbito do direito tributário. Trata-se de um conceito que corresponde, nas devidas proporções, ao de tratamento da desigualdade, o que pressupõe o reconhecimento do princípio da igualdade, como pressuposto necessário, mas que com este não se confunde. De qualquer modo, um tratamento fiscal poderá ser qualificado como “discriminatório” quando sejam aplicáveis condições mais severas das que seriam aplicadas ordinariamente a sujeitos que se encontrem em situações equivalentes e sem que esteja presente um fundamento concreto para o tratamento mais gravoso, amparado em regra constitucional. Esta noção supõe que se aplique a mesma regulamentação a duas relações que possuam simétricas características, considerando como injustificável qualquer diferença de tratamento, salvo os casos constitucionalmente reconhecidos.

Decerto que não será suficiente a identificação de qualquer diferença de tratamento para justificar a existência de um tratamento discriminatório. Sendo a situação de tratamento desigual “ justificada ”, não existirá discriminação. Deve-se ter em conta, fundamentalmente, como diz García Prats, o contexto geral do ordenamento no qual esteja inserido esse princípio e os objetivos perseguidos. Serão, pois, as condições formal e material da restrição ou discriminação proveniente de uma norma criada pelo legislador ou de um ato administrativo praticado por autoridade fiscal, à luz do respectivo ordenamento, que servirão para determinar a comparação do tratamento entre duas situações ou sujeitos e, assim, os contornos de uma ação qualificável como “discriminatória” em relação ao nacional do outro Estado contratante.

(...)

A declaração de desigualdade exige, portanto, critérios de comparabilidade efetivos para admitir alguma espécie de separação entre sujeitos, quanto aos regimes tributários aplicáveis. É preciso ter algum critério, mui objetivamente definido, para dizer quando pessoas encontram-se em “situação equivalente”.

6. No caso em análise, (*i*) o critério de discriminação é a ocupação de determinados cargos públicos, bem assim de seus parentes até segundo grau, (*ii*) o fundamento legitimador da desequiparação realizada pela lei reside na probidade, na impessoalidade e na moralidade administrativa, princípios que devem ser observados com maior rigor pelos agentes públicos e (*iii*) o fator discriminatório encontra ressonância na promoção dos valores constitucionais acima delineados.

Passo à apreciação de cada um deles.

7. O critério de discriminação eleito pelo legislador infraconstitucional é o fato juridicamente relevante de os destinatários da hipótese excludente ocuparem cargos e funções públicas de direção ou eletivas, estendendo-se tal restrição a seus parentes até o segundo grau, a evidenciar o elevado grau de distinção entre esses e os demais cidadãos.

A jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, à luz do art. 150, II, da Constituição da República, tem rejeitado, expressamente, a concessão de **privilégios tributários** a detentores de cargos e funções públicas de maneira geral (ADI 3.260/RN, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 29.3.2007, DJ 29.6.2007), notadamente quando ausente qualquer elemento constitucional justificador da diferenciação:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO FISCAL. ICMS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO INTERESTADUAL (CF, ART. 155, § 2º, XII, ‘g’). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONCESSÃO DE ISENÇÃO À OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEIS POR OFICIAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA (CF, ART. 150, II). DISTINÇÃO DE TRATAMENTO EM RAZÃO DE FUNÇÃO SEM QUALQUER BASE RAZOÁVEL A JUSTIFICAR O DISCRIMEN . INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

2. *In casu*, padece de inconstitucionalidade formal a Lei Complementar nº 358/09 do Estado do Mato Grosso, porquanto concessiva de isenção fiscal, no que concerne ao ICMS, para as operações de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais sem o necessário amparo em convênio interestadual, caracterizando hipótese típica de guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988.

3. A isonomia tributária (CF, art. 150, II) torna inválidas as distinções entre contribuintes “ em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida ”, máxime nas hipóteses nas quais, sem qualquer base axiológica no postulado da razoabilidade, engendra-se tratamento discriminatório em benefício da categoria dos oficiais de justiça estaduais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 4.276/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20.8.2014, DJe 18.9.2014)

8. A presente hipótese encontra sustentáculo, reitero, na impessoalidade, na probidade e na moralidade administrativa, normas de caráter constitucional que legitimam, inteiramente, a distinção realizada pelo legislador.

Como se sabe, a Administração Pública, a teor do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, possui regime jurídico próprio delineado pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência, da probidade e da moralidade. Os agentes públicos, por igual, sujeitam-se a tais princípios, devendo manter, portanto, tanto na vida profissional quanto em âmbito pessoal conduta ilibada, pautada na ética, na boa-fé e no estrito cumprimento aos ditames legais.

A escolha, livre e consciente, de integrar uma carreira pública – qualquer que seja, notadamente cargos de direção e eletivos – impõe aos ocupantes de funções públicas a observância de regime jurídico mais gravoso com a devida observância dos princípios que regem a Administração Pública (SS 3.902-AgR-Segundo/SP, Rel. Min. Ayres Britto, j. 09.6.2011, DJe 03.10.2011).

Especificamente em relação aos detentores de mandatos eletivos, a Constituição da República estabelece, expressamente, uma série de restrições, a exemplo daquelas constantes do art. 54.

9. Nesse sentido, a jurisprudência desta Casa, em consonância com o art. 37, *caput*, da CF, tem atestado a necessidade de a atividade do Estado observar fielmente a moralidade administrativa:

“O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.

– A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa**. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.”

(ADI 2.661-MC/MA, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05.6.2002, DJ 23.8.2002)

Na mesma linha a lição da Ministra Cármen Lúcia, em sede doutrinária, destaca que a *moralidade administrativa impõe a retidão dos comportamentos do agente público como norma de Direito a ser acatada intransigentemente, tendendo elas para fins jurídicos específicos. É a retidão da finalidade e dos meios para a ela se chegar que caracteriza a moralidade administrativa*, e, logo em seguida, arrematou que a *obrigação de conduzir-se segundo os parâmetros de moralidade administrativa não apenas submete o administrador público, mas também o legislador*, pois, *no Estado de Direito, é este que elabora, em geral, a norma segundo a qual aquele se deverá conduzir*.

10. Observo que o art. 11 da Lei 13.254/2016, impugnado na presente sede processual, não constava originalmente do Projeto de Lei encaminhado pela Presidente da República. Foi inserido no PL 2960-C/2015 a partir da aprovação da Emenda de Plenário nº 23, de autoria do então Deputado Federal Bruno Covas.

Os debates travados no Plenário da Câmara dos Deputados em torno da matéria **evidenciam a intenção do legislador infraconstitucional**, na senda do magistério doutrinário citado, **de maximizar** o âmbito de incidência dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

Com efeito, o legislador não só excluiu os que integram efetivamente o aparelho estatal como também os respectivos parentes até segundo grau. A extensão de restrição encontra fundamento legitimador, como ressaltado no parecer ministerial, no fato público e notório de que os crimes financeiros, tributários e econômicos são consumados, em geral, por pessoas interpostas, normalmente parentes e indivíduos próximos.

Nessa linha, tenderia à inocuidade excluir determinados agentes públicos do RERCT, mas permitir que seus parentes aderissem a referido programa de repatriação tributária, especialmente diante da possibilidade real e efetiva de confusão patrimonial entre eles.

Desse modo, encontrando fundamento de validade no regime mais gravoso a que submetidos os agentes públicos, é preciso respeitar a escolha do legislador, formulada dentro de seu amplo espectro de conformação, de excluir da anistia conferida pela Lei 13.254/2016 os detentores de cargos eletivos, os que ocupam funções de direção na Administração Pública, bem assim os respectivos parentes até segundo grau.

11. Encontrando, a discriminação realizada pelo legislador infraconstitucional, fundamento legitimador em outros valores de hierarquia constitucional, reputo válido, sob o prisma da Constituição da República, o art. 11 da Lei 13.254/2016.

Necessidade de autocontenção do Poder Judiciário

12. Sempre atual, nesse contexto, a lição de Thomas Cooley:

“Deve ser evidente para todos que o poder de declarar nulo um ato legislativo é um poder que o juiz, consciente da falibilidade do julgamento humano, **se esquivará de exercer**, sempre que o respeito a seus deveres e juramento oficial exijam a declinação do seu exercício. (...) Os tribunais devem declarar atos legislativos inconstitucionais e nulos em alguns casos, **mas não porque o Poder Judiciário é superior em grau ou dignidade ao Poder Legislativo**. Ao serem instados a

declarar o sentido da lei nos casos que chegam diante si, eles [Tribunais] **devem fazer cumprir a Constituição como a Lei Suprema**, sempre que um dispositivo legislativo entra em conflito com ela. Mas os Tribunais sentam, não para rever ou revisar os atos legislativos, mas para fazer prevalecer a vontade legislativa; e, **apenas onde eles observam que o legislador desbordou dos limites constitucionais**, eles estão em liberdade de desconsiderar sua ação (...).”

Thomas Cooley, *Chief Justice* da Suprema Corte de Michigan, exorta, no fragmento antes transcrito, a todos nós, Juízes no exercício da jurisdição constitucional, **ao inexorável e imprescindível exercício da autocontenção**. Como bem acentua, o Poder Judiciário, apesar de possuir a primazia da última palavra em matéria constitucional, não é superior em hierarquia, grau ou dignidade aos demais Poderes da República. Seu papel é o de **fazer prevalecer a Lei Suprema** de nosso país, a Constituição de 1988.

O poder outorgado, expressamente, aos Juízes e Tribunais, pela Constituição da República, de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos **vem atrelado a elevado ônus argumentativo que impõe ao julgador**, tendo em vista os princípios da separação de poderes e da presunção de constitucionalidade dos diplomas normativos, o exercício do *judicial review* com **deferência** ao Poder Legislativo, com **fidelidade** ao papel institucional do Poder Judiciário e com **prudência** na eleição dos fundamentos justificadores da **imprescindibilidade** da pronúncia de nulidade por ele exarada.

Vale dizer, o poder de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos vem atrelado a elevado encargo no que diz respeito à fundamentação do ato decisório. Desse modo, a lei ou decreto para ter reconhecida sua inconstitucionalidade e declarada sua nulidade, pelo Poder Judiciário, há de estar em **manifesto e incontornável** conflito com a Lei Fundamental.

Colho do do magistério doutrinário do Ministro Luís Roberto Barroso:

“(...) **Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição**. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. **O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição**, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, **deve ter uma**

atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes .

A presunção de constitucionalidade, portanto, é uma decorrência do princípio da separação de Poderes e funciona **como fator de autolimitação da atuação judicial** . Em razão disso, não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

- a) a inconstitucionalidade **não for patente e inequívoca** , existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) **seja possível decidir a questão por outro fundamento** , evitando-se a invalidação do ato de outro Poder;
- c) **existir interpretação alternativa possível** , que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição.”

Existindo, portanto, dissenso hermenêutico **razoável** apto a justificar a legitimidade de interpretações constitucionais diversas, o Poder Judiciário deve agir com **autocontenção** e **preservar** a validade das deliberações positivadas pelos órgãos legitimados a exercerem essas escolhas, resguardando, assim, a **presunção de constitucionalidade** dos atos normativos. Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência desta Corte Suprema:

“14. A autocontenção judicial **requer o respeito à escolha democrática do legislador, à múngua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção** , plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização.”

(ADI 5.794/DF, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 23.4.2019)

13. É por essa razão, que a atividade hermenêutica exercida pelos magistrados **encontra limites** nos signos linguísticos constantes do texto normativo, ou seja, a interpretação conferida aos diplomas legislativos deve guardar **relação de conexidade** com o significado das palavras inseridas no dispositivo objeto de aplicação, de modo a que se mantenha, o quadrante interpretativo, dentro da *moldura do texto* .

Não se está, sob qualquer aspecto, a afirmar que a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário é meramente mecânica, fruto de

interpretação literal e lógica, **pelo contrário** . Reconheço, na linha de antiga lição de Vicent M. Barret, Jr. (Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restrain. **Mich. L. Rev.** , v. 39, 1940, p. 213-237), que as palavras, como *símbolos, são imperfeitas, mudam e são, totalmente, incapazes de figurarem como portadoras de significado fixo e definitivo* , motivo pelo qual, **para adquirirem verdadeiro significado** , **não prescindem** de uma análise histórica, social, sistemática, finalística e global em conformidade com os postulados da hermenêutica jurídica.

O que não se justifica constitucionalmente é a intervenção judicial no âmbito das escolhas políticas, de competência privativa dos demais órgãos de soberania estatal, concretizada por meio de **indevida ressignificação** do conteúdo normativo das leis para adequá-lo, unicamente, aos sentidos e alcances **compatíveis com as ambições do intérprete** , em manifesta usurpação das atribuições dos Poderes legítimos.

14. Em síntese: o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos impele o Poder Judiciário ao respeito ao espaço privativo de deliberação constitucionalmente atribuído aos demais Poderes da República e à observância das escolhas políticas legitimamente adotadas, no contexto de um Estado Democrático de Direito, pelos representantes do povo, impondo-se, dessa forma, fidelidade aos limites inerentes à atividade hermenêutica.

Conclusão

15. Conheço da presente ação direta e **julgo improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

É o voto.