

**ATIVISMO JUDICIAL E RESPOSTA CORRETA:
análise crítica de fundamentos consequentialistas em Direito
Tributário**

Nelson Camatta Moreira¹

Leonardo Zehuri Tovar²

Fecha de publicación: 01/07/2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito tributário brasileiro e a decisão jurídica: como e partir do que se decide? 3. Direito tributário e decisões político-econômicas. 4. Conclusões.

RESUMO:

O artigo analisa os riscos de decisões tributárias embasadas em argumentos consequentialistas e propõe a partir do modelo teórico de Habermas e outros autores o ambiente adequado para tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional e Tributário, decisão jurídica, hermenêutica.

¹ Doutor em Direito (Unisinos-RS), com estágio anual, com bolsa de estudos da CAPES, na Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito (Unisinos-RS). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e da Graduação em Direito da FDV-ES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, da FDV-ES. Membro Honorário da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Advogado. Endereço eletrônico: nelsoncmoreira@hotmail.com.

² Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Pós-Graduado em Direito Público também pela FDV, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória (ES), Professor Universitário, membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" (FDV), Procurador do Município de Vitória (ES), Advogado. www.zehuritovar.com.br / leonardo@zehuritovar.com.br

1. INTRODUÇÃO

O tema “ATIVISMO JUDICIAL E RESPOSTA CORRETA: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário”, tem como desígnio mostrar como é difícil suplantar o positivismo e, particularmente, a discricionariedade judicial e a fundamentação político-consequencialista presente em muitas decisões judiciais.

Busca-se trabalhar, notadamente, mas não apenas, a partir dos aportes da hermenêutica, o direito que cada cidadão possui de obter uma resposta correta ao caso sob exame.

Para tanto e de acordo com o tema proposto, será feita análise dos pressupostos teóricos hermenêuticos de situações em que o Supremo Tribunal Federal se vê diante de decisão que impacte ou possa vir a impactar o campo político, econômico e social. Ou seja, casos que, conquanto fundamentadas, se presencia argumentos de política (ou de índole moral) e não técnico-jurídicos.

Portanto, a partir da base teórica eleita, o que se busca na pesquisa é enfrentar o problema do consequencialismo decisório, por vezes levado em conta pelo STF, notadamente em questões ligadas ao campo do direito tributário, tendo-se como mote responder, basicamente, à seguinte indagação: até que ponto se está diante de argumentação jurídica e a partir de quando se pode considerar o consequencialismo como razão política, que leva a uma postura ativista?

2. DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E A DECISÃO JURÍDICA: COMO E A PARTIR DO QUE SE DECIDE?

Com efeito, é sempre problemática a alusão aos limites da atuação judicial, notadamente na parte em que, diante de argumentação jurídica, passa-se a tachar a decisão de “consequencialista”, porque pautada em pragmatismo³, razões políticas e/ou econômicos.

Vê-se, pois, que no geral, em esferas jurídicas diversas sempre se faz presente um grande dilema: como e a partir do que se decide?

³ Destaque-se, em tom resumido, que o consequencialismo é o traço mais conhecido do pragmatismo. “Trata-se da insistência de olhar para o futuro, e não para o passado” (In: POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria política e social. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 38).

Aliás, é bastante comum no dia-a-dia forense a fala de que o julgador primeiro decide e depois fundamenta sua escolha. Ocorre que, em assim agindo, sua fundamentação se mostra deficitária do ponto de vista técnico-jurídico, além de descompromissada com o ideário de obtenção de “respostas corretas”, indo a favor do solipsismo do julgador e até, dizem alguns, da perda da autonomia do direito.

Exatamente por tal razão, o debate envolvendo a busca de uma resposta correta vem ganhando tamanho fôlego e relevância, a ponto de ser possível dizer que o tema está longe de encontrar um consenso, algo que *per si*, justifica a presente pesquisa.

Além do mais, o ato de decidir está atrelado ao dever fundamental de motivar (art. 93, IX, CF), o qual não se pode transformar em um mero adorno, porquanto se trata de princípio constitucional da maior importância para o Estado Democrático de Direito. Logo, é esse princípio fundamental que obriga o julgador a elencar, pormenorizadamente, os argumentos levados em conta em sua decisão, além de justificar motivadamente as razões pelas quais afastou ou acatou aquilo que foi invocado pelas partes, propiciando ainda, a elas, o direito de plena participação na influência do desfecho processual.

Presenciam-se cotidianas decisões mal-fundamentadas que, ou se limitam à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, ementas, súmulas e precedentes (como se o ato de decidir estivesse ligado a mais simples das subsunções), ou que empregam argumentos de política, à luz de conceitos jurídicos indeterminados, ao invés de aplicar argumentos jurídicos (de princípio, na expressão de Dworkin⁴). Tudo no desígnio de justificar *a posteriori* uma decisão já tomada, antes mesmo da análise acurada do caso concreto e das razões expostas pelas partes.

Posturas tais contribuem para a proliferação de respostas arbitrárias, incorretas e não superam paradigmas ainda enraizados no senso comum, tais como o de que a interpretação é “um ato de vontade”⁵⁶, fundado na crença do protagonismo judicial.

⁴ A respeito: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁵ Para Kelsen, vontade e conhecimento uniam-se para dar origem à interpretação. A interpretação do direito era, então, plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, todas de igual valor, limitada apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenhava, então, papel de uma moldura que, em presença da vontade do intérprete, daria origem a um quadro que representava justamente o direito a ser aplicado (*In*: FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte, **Da interpretação à Hermenêutica Jurídica - uma leitura de**

Daí, mais uma vez, o dilema da contemporaneidade, no pormenor deste artigo, é um contributo à construção de condições para evitar que a jurisdição constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é.

Aproximando-se do tema, argumentos consequencialistas, ademais, muitas vezes vêm “mascarados” pela utilização do chamado “juízo de ponderação”, aplicado, em grande maioria, mediante critério impreciso e sem rigor técnico⁷, o que se afigura extremamente grave se levado em conta, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal parece ter descoberto na ponderação⁸ o remédio prodigioso para as mais diversificadas questões

Gadamer e Dworkin, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2004, p. 77). Kelsen, complementa-se, salientava que se interpretação fosse considerada válida ela pode ser aplicada, porquanto o ato de escolher qual das múltiplas possibilidades interpretativas é discricionário, cabendo ao aplicador do direito (os intérpretes autênticos, quais sejam, os juízes) o direito de escolha. Logo, o direito seria única e exclusivamente um ato de criação dos magistrados (*In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. **Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana de interpretação autêntica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002).

⁶ ADEODATO, João Maurício, reputa infundada a acusação comumente feita a Kelsen de que o autor dá sustentáculo a decisionismos, de modo a transcrição de seu pensamento é pertinente: “Não há precisão teórica em acusa-lo hoje de fundamentar o ativismo judicial na atividade hermenêutica, nem no passado em acusa-lo de justificar o nazismo. A ideia de Kelsen é descrever o que efetivamente ocorre – não fazer uma pregação missionária por mais poder para o juízes – e defender que é uma ilusão achar que a regra geral determina a decisão individual, assim negando expressamente a possibilidade de uma única resposta correta. Isso porque, como discípulo de Kant enfatiza o dualismo entre ser e dever ser e vai mais além ao associá-lo aos dualismos entre o princípio da causalidade (*kausalprinzip*) e o princípio da imputação (*Zerechnungsprinzip*) e, respectivamente, entre o ato de conhecimento e o ato de vontade” (*In*: **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82).

⁷ Uma vulgata da teoria de Robert Alexy, explicitada amiúde na obra: **Teoría de la Argumentación Jurídica**. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica. Madrid: CEPC, 1997.

⁸ Eis algumas críticas lançadas em desfavor da ponderação (ou proporcionalidade, já que não há distinção segura em âmbito jurisprudencial): (i) ofensa ao princípio da separação dos poderes, em especial a transformação dos Tribunais Constitucionais em nítidas Assembleias Constituintes; (ii) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; (iii) politização do judiciário e acerbado utilitarismo; (iv) decisões arbitrárias, muitas vezes marcadas por preferências subjetivas do julgador; (v) irracionalidade metodológica; (vi) depósito de esperanças no judiciário, no diz respeito à concretização dos direitos constitucionais.

constitucionais⁹, em especial no campo do direito tributário, em que o consequencialismo se faz tão presente, como se verá adiante.

3. DIREITO TRIBUTÁRIO E DECISÕES POLÍTICO-ECONÔMICAS.

A decisão que se embasa na adoção ou na rejeição de algo, a partir de fundamentos como, são *desejáveis* ou *indesejáveis*, tais ou quais consequências, no plano prático, ante a decisão tomada, seja no plano social, político, econômico, etc, são tidas como consequencialistas.

Observe-se, até, que há pesquisa realizada em 2005, auxiliada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, através da qual fora formulada a seguinte pergunta a magistrados: “Do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para as suas consequências econômicas, ter compromisso com suas consequências sociais?¹⁰”.

Sem adentrar em pormenores, colheu-se, como resultado: “Chamados a decidir sobre questões que têm reflexos diretos sobre a economia e o desenvolvimento social do país, os juízes brasileiros (...) baseiam-se preponderantemente na lei, sem ignorar as consequências econômicas e sociais de suas sentenças¹¹”.

De todo modo, são diversos os casos envolvendo o direito tributário, em que se presenciaram argumentos metajurídicos, de cunho político-econômico, dentre os quais a queda do nível da arrecadação, mesmo com o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada exação, por exemplo.

Postura, como visto em nota de rodapé anterior, que denota a presença de um pragmatismo jurídico de abordagem prática e instrumental, porquanto presente, nos olhos do juiz, aquele *olhar para frente*, o que, via de conseguinte, faz com que o julgador encare os precedentes, por exemplo, como meras diretrizes e não como algo do passado que, via de

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

¹⁰ SADEK, Maria Tereza. **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014; e SADEK, Maria Tereza (Coord.). **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

¹¹ COLLAÇO, Rodrigo. Auto-retrato dos magistrados brasileiros. In: SADEK, Maria Tereza (Coord.). **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 9.

regra, deve ser repetido em prol da segurança. Veja, por oportuno, o que pensa Richard A. Posner:

A atitude pragmática é ativista (voltada para o progresso e a “capacidade de execução”) e rejeita tanto o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as consequências são imprevistas. O pragmatista crê no progresso sem fingir-se capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada. Essas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado. (...) ¹²

Em outra obra, o mesmo autor citado acima, mantém sua posição e esclarece esse *olhar para frente* aludido. Mostra-se relevante a transcrição de seu pensamento, até para que se perceba que a presença de ensinamento relevante no sentido de que consequências de curto, médio ou longo prazo, devem, aos olhos de tal teórico, ser levadas em consideração no ato de decidir:

(...) o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como referência. Porém, como vê essas “fontes” somente como fontes de informação e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado. Recorre, antes, a fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que se pede que ele confirme ou modifique ¹³. (...)

Por outro lado, há quem sustente, entretanto, que o objeto do direito tributário não deve voltar os olhos para questões afetas às finanças públicas, à economia, ao déficit de arrecadação, à implementação futura de políticas governamentais, dentre outros. Isto acaba por desvirtuar a fundamentação jurídica, que deveria se pautar por argumentos afetos ao

¹² POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

¹³ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 382.

direito, exclusivamente. É o caso, por exemplo, de Alfredo Augusto Becker, que defende a completa separação entre o direito tributário e as finanças públicas:

Há juristas - adverte F. CARNELUTTI - que quase sempre cometem o erro de aceitar e utilizar empiricamente os conceitos das ciências pré-jurídicas, sem cuidarem de pesquisar o novo e diferente conteúdo (significado) que elas passam a vestir no momento em que entram no mundo jurídico. Este mau costume - lamenta F. CARNELUTTI - tem gerado dentro do direito dificuldades numerosas e graves.

Ora, em nenhum outro ramo do direito, estas dificuldades são tão numerosas e tão graves quanto as que este mau hábito tem gerado dentro do direito tributário. O maior equívoco no Direito Tributário é a contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc...).

Esta contaminação prostitui a atitude mental jurídica, fazendo com que o juiz, a autoridade pública, o jurista, o advogado e o contribuinte desenvolvam (sem disto se aperceberem) um raciocínio pseudo-jurídico. Deste raciocínio pseudo-jurídico resulta, fatalmente, a conclusão invertebrada e de borracha que se molda e adapta ao caso concreto segundo o critério pessoal (arbítrio) do intérprete do direito positivo (regra jurídica). Em síntese: aquele tipo de raciocínio introduz clandestinamente a incerteza e a contradição para dentro do mundo jurídico; incertezas e contradições que conduzem todos ao manicômio jurídico tributário e à terapêutica e à cirurgia do desespero¹⁴.

À luz de tais “conflitos” teóricos, chama-se atenção para a contribuição de Habermas, que mesmo sem se dedicar especificamente ao tema, contribui com algo de grande relevância ao dizer que a jurisdição “só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo ‘o direito e a lei’, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto¹⁵”.

É preciso advertir que esta passagem da obra do autor não pode ser compreendida de modo isolado. Algo claro, quando, por exemplo, Habermas discute a democracia, em especial sua ligação com a atividade

¹⁴ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, São Paulo: Lejus, 2002, p. 40.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. 2.ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II, p. 183.

jurisdicional e identifica a tensão existente entre facticidade e validade no direito, bem como quando parte do raciocínio “desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais”¹⁶.

A razão comunicativa de Habermas transporta-se para a atividade procedimental, na qual o discurso se dá de modo livre, racional e crítico, com o objetivo de promover a efetivação da democracia e conferir legitimidade às decisões, rechaçando argumentos de cunho autoritário.

Isto já é importante, porque a depender a concepção de direito tributário que se adota, a decisão se revelará pelo que está previsto na lei (igualando-se texto e norma), solucionando-se a disputa judicial tributária através de critérios mecânico-substantivos, pouco importando sua justificação racional¹⁷.

Em outros termos: quando se busca uma concepção *purificada* de direito tributário, deixando de fora aspectos *consequencialistas*, tais como econômicos, políticos e financeiros, ter-se-ia uma separação estanque entre o direito tributário e o direito financeiro e o modelo de decisão poderia ser também purificado, deixando de lado aspectos importantes e que não necessariamente deveriam ser deixados de fora do debate judiciário.

Ocorre que a legitimidade do direito, como visto pelos aportes habermasianos, não está imbricada tão-só com o legalismo exegético, mas por aspectos fundantes que acima de tudo justificam os procedimentos para serem considerados legítimos quando reconhecido e obedecido por todos. Uma contribuição para o paradigma do Estado Democrático, porquanto é ela que pode garantir que a sociedade participe na tomada de decisões que de algum modo lhe afete. É pelo discurso, pois, que se pode promover a

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 53.

¹⁷ Talvez por isso, a advertência doutrinária de Arthur Kaufman se mostre tão correta: “Quando examinamos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou, e que ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei”, e provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos de que formulam decisões de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal”. In: KAFMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.184.

integração social do direito, por meio da qual, indivíduos participam da elaboração da norma e não simplesmente se mantêm estáticos, como reles destinatários de seus comandos. Refuta-se, com isso, o autoritarismo e visa a aproximação da plenitude democrática.

É pelo processo legislativo que razões morais fluem para o direito. Política e direito mantêm relação de cooriginariedade para com a moral, exatamente porque as leis passam por um processo jurídico de normatização discursiva. Eis as palavras de Habermas:

[...] o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo.

Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário¹⁸.

Equivale dizer: para a teoria do discurso de Habermas, os participantes do debate judiciário não se limitam a uma simples análise lógico-semântica dos argumentos jurídicos, até porque a idealização semântica pressupõe um pré-compreender compartilhado e uniforme¹⁹. Ou ainda, os participantes deveriam ter como premissa o compartilhamento dos mesmos significados para os mesmos significantes²⁰, o que seria uma

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. 2.ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 158.

¹⁹ *Idem*, p. 280.

²⁰ À luz de sua Retórica João Maurício Adeodato é preciso ao elencar a importância da diferença existente entre significante e significado: Em síntese, as diferenças entre a norma como ideia (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e a norma como símbolo linguístico (os significantes que se percebem por meio da comunicação a partir das chamadas fontes do direito) são particularmente importantes para interpretação e argumentação jurídicas. (...). Entender a norma como significante revelador do direito é o sentido mais antigo da expressão ‘norma jurídica’, a primeira metonímia. É o que ocorre quando o professor aponta para o código e diz que ali ‘estão as normas’ do ordenamento jurídico, do mesmo modo que os hebreus viram normas no texto dos Dez Mandamentos. A perspectiva

idealização de cunho semântico²¹. Por isso, ainda que sob outro mote teórico matricial, acerta Nelson Camatta Moreira, ao destacar a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica de Gadamer e asseverar o caráter produtivo da interpretação em cada caso:

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, no qual se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*.

No direito, a proposta teórica de *Verdade e Método* contraria todas as tendências da hermenêutica tradicional, tal como praticada e apregoada pela dogmática jurídica. Nesse viés, o autor alemão rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito, acentuando que a interpretação da lei é uma tarefa criativa²².

Retomando, a correção da decisão, então, pressupõe, para Habermas, aceitabilidade racional embasada em argumentos de qualidade²³. É o discurso que assume o potencial de busca cooperativa da verdade, que está umbilicalmente relacionada com a falibilidade das pretensões de uma única decisão correta, vista esta como meta e não como uma resposta única, mesmo porque não há um ponto transcendente à justificação que conduza a argumentação e o julgador ao certo ou ao errado.

retórica não pode confundir esses dois elementos do conhecimento jurídico – significantes e significados – pois há um abismo entre eles. In: ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 208.

²¹ João Maurício Adeodato, mesmo que sob outra perspectiva, identifica o problema existente na seara tributária: “Mesmo assim, a concepção da linguagem como espelho dos objetos resiste com todo seu atavismo. Observe-se o art. 111, II, do Código Tributário Nacional, que obriga a literalidade hermenêutica, partindo do princípio de que a lei tributária pode ter um único sentido: Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Bastam os exemplos das discussões em que se envolvem o fisco, os advogados, os magistrados e os tributaristas em geral para perceber que esses assuntos estão muito longe da única resposta correta”. In: ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 278.

²² MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012, p. 70.

²³ *Ibidem*, p. 281.

Por isso, salienta o autor, que o discurso promove a mediação entre a pretensão *ideal* a uma única e correta resposta, com a pluralidade e até falibilidade de argumentos, de modo que a perseguida resposta (a correta) é aquela pautada nos melhores argumentos disponíveis em dado momento histórico; a resposta capaz de produzir consenso acerca de sua correção, a qual é obtida à luz de condições comunicativas em um ambiente ideal de discurso²⁴.

Por conseguinte, a grande questão é saber se a atribuição de valor decisivo às conseqüências de um ato na argumentação técnico-jurídica é apenas dependente de um acordo entre os participantes do ambiente de discurso. E mais: se o argumento lastreado em conseqüências, de fato, se afigura como uma impossibilidade, de maneira a ser-lhe retirada a importância e a validade.

Pelo que se viu, decidir à luz de conseqüências, é algo que pode ser tido como certo ou errado, a depender das regras legais em debate. Se são, pois, as próprias regras quem traduzem a possibilidade de, quando da extração da respectiva norma, levar em conta as conseqüências econômicas, não será possível ignorar tal circunstância.

Claro que há plena necessidade de debate processual para efeito de que os participantes da relação tenham a possibilidade de influir na tomada de decisão. E mais: não é correto que o judiciário se valha de argumentação consequencialista sem deixar isso explícito, ou mesmo no intuito de negar (também implicitamente) texto expresso de lei; logo, como contrapartida, argumentação consequencialista não pode ou não deve propiciar decisão contrária ao direito, tampouco casuísmos ou decisões *ad hoc*.

O fato é que, insiste-se, não há um modelo seguido pelo STF no tocante à forma com que o tribunal sopesa as conseqüências de suas decisões e como tais acarretam ou podem vir a acarretar impactos, o que é ainda mais acentuado no campo tributário, ramo em que, dentre outros aspectos, promove o financiamento dos gastos públicos, a justiça fiscal e a distribuição de renda.

É preciso deixar claro: em nenhum momento se pretende dizer que cabe ao judiciário a usurpação de argumentos de índole política, econômica ou pragmática, em especial porque esta não é a sua função primeira. Ao revés, a idealização de tal poder tem como mote a de aplicar de forma imparcial as normas jurídicas. Entender o contrário, isto é, pela possibilidade da usurpação noticiada, é o mesmo que, por via reflexa,

²⁴ *Ibidem*, p. 283.

transformar o judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal²⁵, no guardião dos valores de uma dada comunidade, o que contrariaria os pressupostos teóricos que se reputam adequados, dentre os quais a relação de cooriginariedade entre Direito e moral, nos moldes habermasianos²⁶.

No ato de decidir, é importante que o judiciário tenha em mira sua precípua função: aplicar de forma imparcial as normas jurídicas, e aqui, evolui-se, tendo em mira os direitos fundamentais, que são permanentemente abertos, mutáveis e cujo escopo maior é a afirmação da cidadania²⁷. É preciso deixar algo claro, todavia: apesar de se falar em função precípua do poder judiciário, não se está aqui afirmando a *velha* separação de poderes nos moldes de Montesquieu. Esse modelo clássico de separação, de feição liberal, não é capaz, hoje, de dar conta da complexidade dos sistemas sociais e da ordem jurídica, em especial a função estatal (de tantos órgãos e até da sociedade) de implementação de direitos fundamentais tão amplos e de espectro tão diverso²⁸.

O que não se admite, fechando-se esse raciocínio, é que o judiciário, mesmo que sob o argumento da proteção dos direitos fundamentais, exercite na fundamentação de suas decisões discurso típico do legislativo,

²⁵ A respeito do ativismo do STF e de seu protagonismo na república, a doutrina: “Foi-se o tempo, portanto, quando apenas a política julgava o Supremo. A Corte de hoje julga a política, determina alguns de seus resultados e ainda, eventualmente, a condena. (...). Aliás, chegamos ao nível *tocquevilliano* de que dificilmente algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, escapa à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial. (In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 257).

²⁶ Mais uma vez, a passagem do autor que ebem demonstra essa imbricação. Segundo Habermas: “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental” (In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. [v. II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203).

²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 36.

²⁸ Conferir, por exemplo: ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Camppos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

porquanto isso abalaria a democracia e o Estado Democrático de Direito²⁹. O judiciário é um poder de Estado e pode, claro, contribuir para o debate, mas não é o senhor dele³⁰.

Afinal, como bem lembra João Maurício Adeodato: “... nem toda concretização do direito se dá a partir de lides levadas ao judiciário³¹”. E é a partir de tal reflexão que o autor, acertadamente, detectou problemas inerentes à aplicação do direito, como se denota, *verbis*:

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuísmo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica³².

Nesse diapasão, é equivocado autorizar o Poder Judiciário a fazer política, quanto mais se isso é levado a cabo sem maiores reflexões por pessoas que não se apresentam como legítimos representantes da democracia, valendo até mesmo destacar que o constitucionalismo democrático que possibilita a judicialização da política (v.g para estancar a inércia dos demais poderes, é o mesmo que confere a noção de controle limitando o exercício do poder), não é o mesmo que aprovaria decisões consequencialistas, sem maiores reflexões e debates na seara processual.

²⁹ Talvez isso tenha ocorrido quando a 1.ª Turma do STF, negou provimento ao RE 368.564, interposto pela União contra autorização do TRF-1.ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba. Tratava-se de um certo número de portadores de uma doença chamada retinose pigmentar, cuja evolução é a perda progressiva da visão. Muito embora apresentado laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) no qual fora destacado não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil, mesmo à mingua de cura atestada e dos custos inerentes, somado à impossibilidade de generalização, o STF decidiu autorizar o tratamento, negando com isso o recurso, e o fez sob o argumento de não cabe ao magistrado frustrar a esperança de pessoas.

³⁰ Arvorar-se na condição de “senhor do debate” é postura que merece rechaço, como bem observou a doutrina: “Ativismo judicial e soberania judicial – exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição”. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 349).

³¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

³² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211;

4. CONCLUSÕES

O objetivo do presente texto foi expor tema que merece atenção da comunidade jurídica, qual seja: a apropriação do fundamento de que, presentes consequências econômicas ou políticas, tidas como indesejáveis pelas cortes, a decisão proferida pode ser em um ou outro sentido, sem que, para tanto, se presencie um modelo *de decidir* capaz de antever o resultado final.

Viu-se, assim, que, conquanto os efeitos da decisão judicial sejam relevantes e considerados pela magistratura, estes não podem ser o único parâmetro para a tomada de decisão, quanto mais se não revelado ou não debatido durante o transcurso processual, porquanto estar-se-ia diante de tomada de decisão não só incontrollável, como contingente e imprevisível.

Logo, sustenta-se que a resposta capaz de produzir consenso acerca de sua correção, depende de condições comunicativas em um ambiente ideal de discurso, notabilizado no âmbito judiciário pela busca cooperativa da verdade, na qual as observações são realizadas na correta perspectiva dos argumentos utilizados pelos sujeitos processuais produtores do discurso.

De modo algum, então, pode-se concluir pela possibilidade de o judiciário monopolizar a palavra final, principalmente se sua decisão é pautada em critérios outros, que não puramente técnico-jurídicos, mesmo porque a Constituição é um projeto coletivo, não submetido a interpretações singulares (solipsistas) ou de um juízo que se diz especializado, imune a críticas dos mais diversos setores da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica. Madrid: CEPC, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, São Paulo: Lejus, 2002, p. 40.

- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Forense, 2014
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. **Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade**: a tese kelseniana de interpretação autêntica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte, **Da interpretação à Hermenêutica Jurídica - uma leitura de Gadamer e Dworkin**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. 2.ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. 2.ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.
- KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, prefácio.

- MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria política e social**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SADEK, Maria Tereza (Coord.). **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SADEK, Maria Tereza. **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões**. Disponível em:
<<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.
- SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.