

CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: DO PRAGMATISMO AO CONSEQUENCIALISMO À BRASILEIRA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CONTRADITÓRIO

Gustavo Taddeo Kurokawa Rodrigues¹

RESUMO: O presente artigo, a partir da análise de decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, analisa a utilização de argumentos consequencialistas como fundamentos de decidir e a sua conformidade com o método pragmatista e o sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Consequentialismo. Pragmatismo. Ativismo Jurídico.

ABSTRACT: This article, based on the analysis of decisions rendered by the Plenary of the Supreme Federal Court, examines the use of consequentialist arguments as grounds for decision-making and their compatibility with the pragmatic method and the Brazilian procedural system.

1223

Keywords: Consequentialism. Pragmatism. Judicial Activism.

I. INTRODUÇÃO

Com o avanço do neoconstitucionalismo pós-positivista², houve verdadeira transformação no reconhecimento da força normativa da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática hermenêutica³. Segundo o modelo pós-positivista, os princípios passaram a ter um protagonismo axiológico nas Constituições, constituindo verdadeiro alicerce das normas⁴, ao conferir unidade, harmonia, completude e coerência ao sistema jurídico como um todo.

Esses fatores, somados à inércia dos Poderes Políticos em garantir e concretizar normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, elevaram o papel

¹ Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, volume 7, número 12, jan-jun 2015

³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, número 17, jan-mar 2009

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 258-264

institucional do Supremo Tribunal Federal⁵ (“STF”), que passou a ser ator principal na tomada de decisão sobre questões política, social e moral.

Realmente, nas últimas décadas o STF recebeu para seu crivo temas carregados de relevância extrajurídica, assim como ocorreu, por exemplo, com a discussão de ações afirmativas e quotas sociais e raciais⁶, liberdade de expressão e racismo⁷, e interrupção da gestação de fetos anencefálicos⁸, dentre inúmeros outros exemplos que poderiam ser dados no mesmo sentido.

A ampliação e intensificação de uma postura ativista do Poder Judiciário, visando a consolidação de valores e fins constitucionais, vem se revelando um movimento crescente, atingindo cada vez mais atores sociais e políticos.

Este cenário, nas palavras do atual Ministro Alexandre de Moraes da Excelsa Corte acabou “por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo”⁹.

Neste cenário, os métodos clássicos de dogmática e hermenêutica do direito passaram a ser insuficientes para se compreender e interpretar as decisões judiciais¹⁰, dada a ascensão de elementos extrajurídicos dentro do processo de cognição e justificação judicial.

De fato, dentro deste papel mais amplo da jurisdição, de não ser mais mero declarador do direito ou de criador de uma norma individual, mas de efetivamente reconstruir a norma jurídica¹¹, tem sido cada vez mais comum o uso de argumentos denominados

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364-369.

⁶ STF. ADI 3330, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00207

⁷ STF. HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

⁸ STF. ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. ed. 10. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

¹⁰ A clássica subsunção do fato à norma não tem sido mais suficiente para demonstrar como as decisões vêm sendo tomadas, o que aponta para participação de outros elementos, que podem ser interpretativos, não evidenciados na decisão ou mesmo não jurídicos (BECHO, Renato Lopes. *Considerações sobre dados extrajurídicos que podem estar influenciando os julgamentos tributários*. Revista Brasileira a Advocacia. São Paulo, ano 3, n.8, p. 156, jan/mar. 2018.)

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil, volume 1 [livro eletrônico]*. ed. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

consequencialistas pelo STF¹².

A presença do consequencialismo decisório também tem sido marcante e frequente nos fundamentos utilizados para a justificação das decisões em matéria tributária, existindo diversos exemplos recentes em que os Ministros da Corte Suprema se valeram de argumentos consequencialistas para fundamentar suas conclusões¹³.

A adoção do consequencialismo pelo Poder Judiciário ainda não é um consenso entre os operadores do direito, mas certamente já pode ser considerado um sucesso ao menos de utilização e discussão no Direito brasileiro e nas decisões da Excelsa Corte¹⁴.

Nesse contexto, sendo a adoção de argumentos consequencialistas uma realidade inafastável e crescente na prática da jurisdição constitucional, se buscará investigar neste estudo se a sua adoção pela Suprema Corte guarda alguma consonância com a teoria que a originou, assim como com os princípios constitucionais que regem o processo civil.

2. O MÉTODO PRAGMÁTICO E AS CRÍTICAS À SUA ADOÇÃO NO BRASIL

O pragmatismo é uma teoria filosófica que surgiu por volta do ano de 1870 nos Estados Unidos da América, tendo como precursores Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952), sendo uma alternativa às escolas filosóficas do idealismo alemão e do empirismo inglês¹⁵.

O ponto central da filosofia pragmática é rejeitar toda e qualquer forma de dualismos, estando assentada no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, processando-se dentro de uma perspectiva própria para cada situação¹⁶.

¹² “(...) na consideração das influências e das projeções da decisão judicial — boas ou más — no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais —prejudiciais ou favoráveis à sociedade — devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias. Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios, de um lado, e da faticidade, do outro. É fruto da jurisprudência dos princípios (...).” (TORRES, Ricardo Lobo. *O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal*. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (org.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 20.)

¹³ Cf.: STF. RE 723651, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016; RE 598572, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016; ADI 2240, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279; e ADI 3489, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-03 PP-00425.

¹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. *O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, (41), 1-12.

¹⁵ FORTUNA, Marcelo Forli. *Pragmatismo, decisão e efetividade*. São Paulo: Editora Dialética, 2023. E-book: 1MB.; EPUB.

¹⁶ FORTUNA, Marcelo Forli. *Pragmatismo, decisão e efetividade*. São Paulo: Editora Dialética, 2023. E-book: 1MB.; EPUB

O pragmatismo, quando aplicado ao Direito, buscou se afastar de modelos formais de discurso, ignorando a mera subsunção do fato ao texto legal, devendo integrar o abstrato e o concreto, de modo que conceitos, valores e a realidade passem a ser interpretados de forma dinâmica e de acordo com seu contexto em cada caso específico, a partir da conjugação de todos estes valores e métodos.

Dentre as principais características do pragmatismo jurídico extraído da teoria filosófica, restou formulada a denominada “matriz pragmatista” por Thamy Pogrebinschi¹⁷, representada pelo antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo¹⁸.

A premissa antifundacionalista redonda da crença de que o direito não se contenta mais com a ideia de que o enunciado legislativo é um juízo imutável, dotado de um único significado pré-concebido. Afasta-se, portanto, de dogmatismos, tornando a efetivação do direito um processo aberto e contínuo de reflexão¹⁹.

O contextualismo entende que as questões de ordem prática em um determinado contexto é que nortearão a aplicação e interpretação na prática do direito, de modo que uma decisão tirada de contexto não traduzirá a sua natureza real²⁰.

O instrumentalismo redonda do viés político do Direito, na medida em que o pensamento pragmatista sempre se voltará para as consequências de ordem prática de sua aplicação, assumindo uma postura construtiva, que interfere e orienta a conduta social, tendo efeitos que extrapolam o alcance entre as partes do conflito²¹.

1226

Em resumo, o método pragmático busca sempre o significado prático da divergência de ideias, distanciando-se de teorias abstratas e pré-estabelecidas sobre qualquer coisa. Se na experiência concreta, a divergência de opiniões não gerar consequências práticas, o pragmatista não verá qualquer sentido na discussão.

E essa visão voltada para o futuro, que considera as consequências como ponto central

¹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. *O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, (41), 1-12.

¹⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385.

¹⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385.

²⁰ FORTUNA, Marcelo Forli. *Pragmatismo, decisão e efetividade*. São Paulo: Editora Dialética, 2023. E-book: 1MB.; EPUB

²¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385.

no contexto de justificação da decisão, como resultado de um processo de seleção de melhores decisões a partir de seus efeitos, é denominada como consequencialismo, sendo uma das características mais criticadas dentro do método jurídico-pragmático.

Para José Vicente Santos de Mendonça, a matriz pragmatista foi formulada como uma reunião de características dos percursores do pensamento filosófico pragmatista, não tendo sido idealizada como uma teoria jurídica²², originando os problemas decorrentes de sua adoção perante a comunidade jurídica brasileira.

Para o mencionado autor, em razão da simplificação, generalidade, e naturalidade que advém das singelas ideais de atenção ao contexto (contextualismo), importância das consequências (consequencialismos) e abandono de crenças apriorísticas (antifundacionalismo), a adoção da matriz pragmatista acabou inspirando e determinando o que acabou sendo denominado como “consequencialismo à brasileira”²³.

Mariah Ferreira e Evanilda Bustamante²⁴, por exemplo, criticam a subjetividade que o consequencialismo de Richard Posner implicaria na tomada de decisão, dada a ausência de objetividade sobre quais os fins a serem atingidos, o que gera insegurança jurídica.

Há quem sustente também que o pragmatismo jurídico seria incapaz de reduzir as incertezas das controvérsias no caso em concreto, ao fazer uso de concepções filosóficas, morais e metafísicas, o que seria um terreno comum de qualquer outra posição filosófica e instrumento já conhecido e utilizado pelos operadores do Direito²⁵.

1227

Ademais, ainda acerca das críticas ao consequencialismo à brasileira, além de trazer problemas quanto a ampliação do ativismo judicial e equilíbrio entre as funções dos Três Poderes, também não possui baliza e instrumentos seguros e pré-estabelecidos para apurar e medir as consequências avaliadas.

Na seara tributária, tornou-se comum se observar nas decisões do STF o uso da premissa consequencialista, como técnica de reconstrução do direito, muitas vezes sem

²² MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. *O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, (41), 1-12.

²³ MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. *O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, (41), 1-12.

²⁴ BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. *Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, I, 2015, Belo Horizonte. O funcionamento da corte constitucional. Anais...Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2. p. 22-34.

²⁵ Cf.: ARGUELHES, Diego Werneck; e LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 194.

qualquer base de dados empíricos que justifique as consequências esperadas no pronunciamento judicial.

A título de exemplo, pode-se citar o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, no qual o Ministro Gilmar Mendes, sem alusão a estudos econômicos e de impacto fiscal, afirmou em seu voto que, a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, levaria a “ruptura do sistema das Contribuições”, “estimulará o dispêndio de recursos e o esforço na busca de novas exceções ao faturamento de cada contribuinte, além de mais recursos públicos”, bem como “ensejará aumento no custo de arrecadação e fiscalização, além das declarações e prestações de contas dos próprios contribuintes”.

Nesse aspecto, o consequencialismo, quando aplicado sem lastro em dados e uma confiável base lógica empírica, transmuda o argumento para um mero palpite, intuição. De fato, o argumento consequencialista, quando imbuído de subjetivismo e despido de dados e fatos que o corroborem, transforma-se em “consequenciachismo”²⁶.

Atualmente, apesar de já existir previsão legislativa inspirada na matriz pragmatista²⁷, não há previsão legal em torno das hipóteses válidas ou dos métodos seguros para o uso do consequencialismo decisório no direito pátrio.

Daí porque este artigo busca examinar no próximo tópico se há parâmetros adotados no uso do consequencialismo pelo método pragmático, de modo a tentar desmistificar e esclarecer as balizas para sua utilização dentro do processo decisório à brasileira.

1228

3. O CONSEQUENCIALISMO NO MÉTODO PRAGMÁTICO

Richard Posner é um dos grandes expoentes e difusor do pensamento pragmático, tendo fixado como uma de suas premissas a necessidade de “disposição para basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”²⁸.

O modelo de Posner foi denominado de pragmatismo cotidiano, definido como “a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usado nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultura não teorizado da maioria dos

²⁶ BRANDÃO, Rodrigo; e FARAH, André. *Consequentialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa*. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 3, set/dez 2020. p. 831-858.

²⁷ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, alterada pela Lei n. 13.655/2018.

²⁸ POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 358.

americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe americanos a julgar pelo critério do que funciona [...], julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e prosperidade da pessoa”²⁹.

Para Posner, o Direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos, de modo que os juízes são os protagonistas do pragmatismo, considerando que são suas decisões que colocam em prática essa atividade.

Para o autor, a atividade jurisdicional deve ter a jurisprudência e a legislação como ponto de partida para o processo de tomada de decisão, mas também deve investigar as consequências das alternativas possíveis para a solução do caso em concreto.

Neil MacCormick, outro relevante autor sobre o uso das consequências nas decisões, também acredita que a atividade adjudicante sempre deve levar em conta não só a solução para o caso em concreto, mas também os efeitos para os casos análogos³⁰.

Nesse sentido, na visão de Posner, seria plenamente possível um juiz pragmatista adotar a mesma decisão que um juiz formalista optaria naquele caso, se as circunstâncias e sopesamento das consequências no caso em concreto provocar essa opção. E é neste ponto que é afastado qualquer argumento no sentido de que o método pragmático poderia levar à desconsideração do direito posto, uma vez que essa linha de pensamento exige o dever de coerência e respeito à norma jurídica. Segundo Posner³¹:

1229

O juiz pragmático não nega a virtude das normas jurídicas padrão de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral favorecem uma abordagem oposta a mudança para novas controvérsias legais. Ele se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às virtudes adaptativas da decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes e às outras partes circunstanciadas da mesma forma.

Assim, a adesão a uma regra jurídica, após a avaliação de todas as consequências e circunstâncias, não se afasta do viés pragmático, por ser o melhor procedimento a ser seguido em um determinado caso concreto de acordo com a teoria pragmatista. A norma jurídica, portanto, não é afastada pelo modo de pensamento pragmatista, mas apenas tem o acréscimo de outros elementos que deverão ser usados pelo juiz no processo decisório.

A impossibilidade de utilização de fundamentos consequencialistas que sacrificuem

²⁹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-39.

³⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132.

³¹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

uma norma válida é endossada de forma ainda mais enfática por Neil MacCormick, que acredita que a decisão judicial guarda um dever de coesão com a ordem jurídica, que privilegia a racionalidade e a segurança jurídica³².

Daí porque, Neil MacCormick defende que o consequencialismo decisório deve ser utilizado apenas em situações em que a interpretação da norma não seja suficiente para a resolução do problema. Segundo ele³³:

A adução do princípio ou analogia, embora necessária, não é suficiente para a completa justificação da decisão. A deliberação que rege diretamente o caso deve ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da ‘coerência’ envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma [...] deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público.

Como se percebe, o pensamento pragmático nunca concedeu uma folha em branco para juízes adotarem decisões que lhe fossem mais convenientes ou aparentassem ser mais acertadas. Pelo contrário, a argumentação consequencialista pode e deve servir de vetor apenas para aplicação de regras jurídicas, se o caso em concreto assim exigir.

No entanto, o próprio Richard Posner reconhece que a aplicação do pensamento pragmático pelos juízes pode encontrar uma série de dificuldades práticas, tais como, a ausência de formação de magistrados para buscar e analisar dados oriundos de searas não jurídicas, julgamentos com base na intuição e preguiça intelectual na fundamentação das decisões³⁴.

Fixadas as premissas do uso consequencialismo decisório no método pragmático, cumpre perquirir se de forma geral o Supremo Tribunal Federal vem se valendo desta técnica em suas decisões, bem como se as dificuldades práticas apontadas por Richard Posner vêm sendo evitadas e se estão em conformidade com regime jurisdicional vigente, o que se passa a examinar no tópico vindouro.

4. O consequencialismo decisório no STF e sua conformidade com o sistema jurídico vigente

Como visto anteriormente, nos autos do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, o Ministro Gilmar Mendes se valeu de argumentos consequencialistas para justificar e

³² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 135.

³³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 326.

³⁴ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 404-408.

fundamentar sua conclusão sobre a necessidade de o ICMS compor a base de cálculo das contribuições em discussão, inclusive citando lições de Richard Posner em seu voto.

Reitera-se que, naquela oportunidade, o Ministro chegou a afirmar que a inexigibilidade dessa exação levaria: “na prática, a decisão encadeia uma reforma tributária judicial, sem medir exatamente as consequências dessa iniciativa, implode-se o sistema tributário brasileiro tal como hoje conhecemos”³⁵.

Por outro lado, também restou verificado que os argumentos consequencialistas lançados não foram escorados em nenhum dado ou estudo empírico que justificasse as afirmações aduzidas no voto que acabou vencido, tendo característica de mera retórica, até porque, passados mais de cinco anos daquele julgamento e a despeito da modulação dos efeitos da decisão levada a cabo, não se percebe traços dos efeitos previstos pelo Ministro.

Em situação bastante semelhante, nos autos do Recurso Extraordinário n. 405.579/PR, o Ministro Gilmar Mendes também aduziu argumentos consequencialistas para discutir a impossibilidade de extensão de benefício fiscal de Imposto de Importação, que reduziu em 40% (quarenta porcento) o valor devido nas operações realizadas por montadoras, à empresa da área de reposição de pneumáticos. O Ministro, na declaração de voto que acabou vencido, lançou mão dos seguintes fundamentos³⁶:

A declaração de nulidade total da referida expressão, com eficácia *ex tunc*, resultará, invariavelmente, em distorção do sistema do imposto de importação concebido para a produção de veículos e do estímulo pretendido à indústria automobilística.

Ademais, tal distorção repercute na oferta dos produtos no mercado de reposição, com impacto relevante no equilíbrio do mercado, consumo interno e na inflação.

[...] No presente caso, a ponderação da solução para a evidente quebra do princípio da isonomia deve ser solucionada, no ponto, pela extensão do benefício tributário dos demais contribuintes em situação equivalente, pois sua completa eliminação repercutiria de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição.

[...] Nesse contexto, a extensão do benefício fiscal à Recorrida – por meio de decisão manipulativa de efeitos aditivos – revela-se como solução mais adequada ao ordenamento constitucional.

Nota-se que os argumentos de cunho consequencialista foram novamente utilizados sem o respaldo de dados e fatos empíricos que demonstrassem o risco de “distorção do sistema do imposto de importação” ou a repercussão no “consumo, na inflação e no próprio

³⁵ STF. RE 574706, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes.

³⁶ STF. RE 405579, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-02 PP-00144 RTJ VOL-00224-01 PP-00560. Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

equilíbrio do mercado de reposição”, conduta que poderia ser classificada por Richard Posner como um julgamento com base na intuição ou com baixo teor de fundamentação.

Em via oposta, em que argumentos consequencialistas foram utilizados como fundamento, mas amparados em dados estatísticos, concretos e estudos aprofundados, destacam-se as decisões proferidas no Habeas Corpus nº 126.292/SP³⁷, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.874/DF³⁸ e no Recurso Extraordinário nº 888.815/RS³⁹.

No Habeas Corpus nº 126.292, discutiu-se a execução da pena a partir da decisão condenatória em segunda instância, e para fundamentar o seu posicionamento, o Ministro Luis Roberto Barroso citou uma série de dados estatísticos e empíricos, demonstrando o percentual de recursos providos a favor do réu, a quantidade de decisões absolutórias proferidas na última década, a quantidade de casos com prescrição punitiva e o descrédito que esses números provocavam na justiça penal.

Igualmente, na ADI nº 5.874/DF que debateu os limites constitucionais para concessão de indultos presidenciais, e no Recurso Extraordinário nº 888.815/RS que enfrentou a possibilidade do ensino domiciliar, foram utilizados, pelos respectivos Relatores, jurimetria, dados históricos, sociais e populacionais, características do sistema prisional brasileiro, a realidade da escolaridade das famílias, os custos que o paternalismo estatal gera à sociedade, os efeitos psicológicos causados aos adolescentes por ambientes escolares agressivos, dificuldades territoriais de acesso e, até mesmo, resultados obtidos por outros países em situações análogas – todas informações referendados por estudos renomados, citados de forma expressa, com menção a fonte e aos dados de acesso nos aludidos votos.

Embora nesses precedentes se verifique uma transparência maior das razões de decidir e nos dados que influenciaram o entendimento ao final adotado, o que se faz com a menção expressa aos estudos utilizados e fontes consideradas, nota-se a ausência de um padrão e forma para a adoção do consequencialismo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Exsurge justamente dessa problemática a necessidade de um argumento consequencialista em uma decisão judicial ser devidamente conformada com as regras jurisdicionais vigente, dentro de um procedimento que respeite o devido processo legal e amplo contraditório.

³⁷ BRASIL, STF, HC 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

³⁸ BRASIL, STF, ADI 5.874, Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 12/03/2018.

³⁹ BRASIL, STF. RE 888.815/RS. Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 12/09/2018.

A Constituição Federal disciplina em seus artigos 5º, XXXV, LIV, e 93, IX⁴⁰, as garantias asseguradas aos litigantes de processos judiciais e administrativos, positivando o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (acesso à justiça), cláusula pétrea da Carta Magna, por meio do qual a todos os cidadãos é asseverado o direito de um efetivo amparo pelo Poder Judiciário, diante da lesão ou ameaça de lesão a direito.

Como decorrência destas garantias constitucionais, restou positivado no atual Código de Processo Civil uma série de dispositivos que determinam que o Juiz fundamentalmente suas decisões e nunca se omita ou deixe de enfrentar um pedido ou causa de pedir do jurisdicionado, tais como, artigos 3º, 4º, 140, 141, 489, II, 489, §1º, IV e VI, 492 e 1022, § único, incisos I e II, todos do CPC⁴¹.

Consoante se percebe do arcabouço normativo acima citado, o ordenamento processual pátrio consagrou inúmeras normas fundamentais que asseguram um efetivo acesso à justiça para o jurisdicionado, incluindo o princípio do dever de fundamentação das

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴¹ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

decisões judiciais, segundo o qual toda atividade adjudicante deve ser devidamente motivada, sob pena de se esvaziar todos os objetivos dos princípios e regras fundamentais citadas.

Daí porque, o uso de um argumento consequencialista, sem a devida motivação para tanto, não só se distancia do próprio pensamento pragmático, mas também resta despida de autorização legislativa.

Ainda no plano constitucional, os princípios do contraditório e da ampla defesa são expressamente assegurados, de modo a prestigiar a não surpresa do jurisdicionado e a segurança jurídica, tal como previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁴².

A não surpresa dos litigantes no processo judicial também é garantida no plano infraconstitucional, como asseguram os artigos 7º, 9º, 10º e 932 do Código de Processo Civil⁴³. Significa dizer que, ainda que elementos consequencialistas fossem adotados em uma decisão judicial com base em dados e estudos empíricos, para que estes argumentos sejam válidos é imprescindível que tenham sido submetidos a um amplo e efetivo contraditório, de modo que as partes envolvidas tenham a oportunidade de se manifestar sobre o assunto e eventualmente contrapor as evidências e provas que comunguem no sentido oposto ao direito pretendido.

Sem o respeito a essas diretrizes constitucionais e legais, quer parecer que o uso do argumento consequencialista na atividade jurisdicional sempre estará fadada a ser classificada como um “consequenciachismo”, o que resta repudiado não só pelo próprio pensamento pragmático, mas pela legislação e sistema jurídico pátrio.

Assim, de rigor que a adoção de fundamentos consequencialistas pela Excelsa Corte passem a sofrer discussões sobre a necessidade de regulamentação do procedimento para tanto, de modo a evitar decisões com cunho consequencialista despidas de suporte fático-

⁴² Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 932. Incumbe ao relator:

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

probatório, que sacrificuem os princípios da ampla defesa e contraditório.

5. CONCLUSÕES

Em síntese, é possível concluir que a utilização do consequencialismo decisório é uma realidade no Supremo Tribunal Federal, que não raro, ao analisar temas de cunho político, social e moral, se vale de dados empíricos, com a análise de efeitos futuros, para fundamentar as suas decisões, evidenciando uma postura cada vez mais ativista do Poder Judiciário.

A despeito deste fato, especialmente em matéria tributária, não é rara a constatação do uso de argumento consequencialista pelo STF sem o respaldo de dados e fatos empíricos, tampouco de um procedimento formal que viabilize o contraditório e ampla defesa dos interessados no processo sobre as informações e dados que estão sendo utilizados como razão de decidir.

Assim, para que o uso de argumentos consequencialistas sejam legitimados e inseridos no cotidiano dos Tribunais, é preciso que haja procedimento e sistematização para sua utilização, a fim de conferir segurança jurídica, previsibilidade e razoabilidade às partes litigantes, que salvaguardadas pelo princípio da não-surpresa, tenham a oportunidade de exercer o contraditório e ampla defesa em face de tais argumentos.

1235

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento* – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, volume 7, número 12, jan-jun 2015

ARGUELHES, Diego Werneck; e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 194.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, jan-mar 2009

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364-369.

BECHO, Renato Lopes. Considerações sobre dados extrajurídicos que podem estar influenciando os julgamentos tributários. *Revista Brasileira a Advocacia*. São Paulo, ano 3, n.8, p. 156, jan/mar. 2018

BRANDÃO, Rodrigo; e FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 3, set/dez 2020. p. 831-858.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 3.330, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, DJ 21-03-2013, p. 207. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 5.874, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 2.240, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJ 03-08-2007, p. 029. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, DJ 29-04-2013, p. 226. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

1236

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2013, p. 024. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574.706, Relatora Ministra Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, DJ 02-10-2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 723.651, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2016, DJ 04-08-2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.572, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, DJ 01-04-2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 405.579, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJ 03-08-2011. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888.815, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2024.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 258-264

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, I, 2015, Belo Horizonte. O funcionamento da corte constitucional. Anais...Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2. p. 22-34.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385.

FORTUNA, Marcelo Forli. *Pragmatismo, decisão e efetividade*. São Paulo: Editora Dialética, 2023. E-book: iMB.; EPUB

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132

1237

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil, volume 1* [livro eletrônico]. ed. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, (41), 1-12.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. ed. 10. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 358.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-39.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (org.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 20.