

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO TRIBUTÁRIO:
A argumentação como pretensão de correção na aplicabilidade do princípio da
capacidade contributiva – análise de julgamentos do STF

Daniel César do Vale
Matrícula 11/0027141

Brasília
2015

DANIEL CÉSAR DO VALE

A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO TRIBUTÁRIO:

A argumentação como pretensão de correção na aplicabilidade dos princípios da capacidade contributiva – análise de julgamentos do STF

Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Constituição, Direito Tributário, Teoria do Direito.

Orientador: Professor Mestre Rafael Santos de Barros e Silva.

Brasília
2015

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente a Deus, por me conceder pleno desenvolvimento cognitivo ao ponto de poder questionar, duvidar, perquirir de modo a alcançar renovação de minha mente diariamente.

Agradeço aos meus pais, por me concederem um lar harmonioso de forma a poder me desenvolver como ser humano com olhos abertos às necessidades do mundo ao meu redor.

Agradeço a minha esposa, companheira idônea em todas as horas, contribuindo de forma direta nas ideias dessa monografia.

Agradeço ao meu incansável orientador pelas releituras e orientações, por acompanhar de perto o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, por fim, à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, por me formar um estudante da ciência jurídica de forma crítica e responsável.

Dedicatória

Aos meus pais e minha esposa, por me amarem com muito amor, e ensinarem a mim o valor maior da justiça, presente nos mínimos detalhes da vida diária. Pela incansável luta por mim, ao ponto de quererem de mim um homem melhor ao mundo, não sendo egoísta, mas me preparando diariamente à sociedade, consciente do valor fundamental desse núcleo essencial da vida, que é o amor familiar.

Como não ser grato aos meus pais e não dedicar-lhes este honroso trabalho. Vocês merecem mais que esta dedicatória, porquanto abriram mão de suas próprias vidas para cuidar da minha, passaram noites em claro para me conceder um colo quente e aconchegante. Mesmo não possuindo riquezas, fizeram o possível e, até e mesmo, o impossível, para um dia formar seus filhos, e hoje, prestes a alcançar este sonho de vocês, lhes concedo esse mínimo gesto de gratidão, dedicando este trabalho, que jamais estará a altura da grandeza de seus atos.

À minha fiel, digníssima e amada esposa. Abriu mão de noites ao meu lado, ouviu e discutiu incansavelmente cada leitura, cada letra escrita. Tens feito mais do que posso retribuir para meu sucesso, por isso, lhe dedico esse trabalho, como prova de minha gratidão ao seu honroso modo de ser minha esposa.

Dedico cada letra, cada noite de esforço, cada xícara de café e suas consequentes azias, em fim, todo meu esforço a vocês.

Resumo

O desiderato desta monografia é perquirir sobre a **racionalidade** na aplicação do princípio da **capacidade contributiva** no âmbito do **Supremo Tribunal Federal**. O realismo jurídico e sua fonte de estudo do direito através da figura central do juiz apontou para conclusões teratológicas tais como ser a decisão judicial fruto do que o juiz tomou no café da manhã. Após a superação da corrente do positivismo jurídico e sua observância subsuntiva ao teor da lei, as várias correntes do pós-positivo jurídico, que reconhece os influxos da moral para a validade e aplicação do direito, apontou para diversos caminhos a serem trilhados. Diante desse cenário de incertezas e considerando que o direito é uma prática social argumentativa, tomou-se nesse trabalho a obra de Robert Alexy “Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” como norte para análise de decisões da Suprema Corte Brasileira acerca da aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva. A teoria alexyana parte da construção da teoria do discurso racional geral, aplicável no âmbito de todas discussões de cunho geral, para, por fim, formar a **Teoria da Argumentação Jurídica**. Não é uma teoria meramente descritiva da realidade, constante de fundamentação empírica, também não se trata de apresentação de sistema de regras sem refletir as razões de ser de cada regra. As regras construídas por Alexy são fruto de um esforço intelectual refletido e sério, pautado por parâmetro do equilíbrio. Entretanto, sua teoria não é suficiente para apontar o acerto definitivo da decisão jurisdicional. Alexy não teoriza acerca de uma única resposta correta, pelo contrário, ele aponta a necessidade de existência de **argumentos práticos do tipo geral**, que são argumentos tirados da interdisciplinaridade do Direito. Para análise de decisões no campo tributário, fundante se faz perquirir **teorias da tributação**, com esteio em conceitos econômicos. Para isso, buscou-se analisar parte da obra de Paulo Caliendo, para, com base nos conceitos de tributação cunhados por diversos autores ao longo da história da tributação, analisar a relação entre **equidade** e **eficiência** na aplicação do princípio da capacidade contributiva. São analisados quatro casos paradigmáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, nos quais, em conclusão, verificou-se que a Teoria da Argumentação Jurídica vem sendo aplicada de forma intuitiva e precária, e há necessidade de sua divulgação, para alcançar maior racionalidade tanto discursiva quanto econômica na aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Palavras-chave: Racionalidade, Capacidade Contributiva, Supremo Tribunal Federal, Teoria da Argumentação Jurídica, Argumentos Práticos do Tipo Geral, Teorias da Tributação, Equidade, Eficiência.

Conteúdo

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1	4
1. A TEORIA DO DISCURSO RACIONAL COMO TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.....	4
1.1 CONTRIBUIÇÕES PROPEDEÚTICAS.....	4
1.2 TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO RACIONAL GERAL.....	8
1.2.1 REGRAS E FORMAS DO DISCURSO PRÁTICO GERAL	11
1.3 UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	18
1.3.1 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	20
1.4 TRANSIÇÃO.....	39
CAPÍTULO 2.....	41
2. ECONOMIA E TRIBUTAÇÃO	41
2.1 TEORIAS DA TRIBUTAÇÃO	41
2.1.1 Teorema de Coase: a tributação como custo de transação	43
2.1.2 Public Choice: a tributação como escolha pública.....	45
2.1.3 Knut Wicksell: a justa tributação (a Just taxation).....	46
2.1.4 Amilcare Puviani: a ilusão fiscal no Estado monopolístico (Teoria della illusione finanziaria)	48
2.1.5 James Buchanan: a tributação constitucionalmente legítima	48
2.1.6 Escola austríaca: a tributação como “roubo”.....	50
2.1.6.2 Friedrich A. Hayek.....	50
2.1.7 Richard Posner: a tributação e a maximização da riqueza.	51
2.1.8 A Nova Economia Institucional (New Institutional Economics): tributação como instituição.....	53
2.2 RELAÇÃO ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE.....	55
CAPÍTULO 3.....	59
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RACIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO	59
3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.643-1 UNIÃO	61
3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.543 RIO GRANDE DO SUL	66
3.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 562.045 RIO GRANDE DO SUL	74
3.4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 234.105-3 SÃO PAULO	83
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

Lista dos símbolos lógicos utilizados

\neg	=	não (negação)
\rightarrow	=	se... então...(condicional)
\leftrightarrow	=	se e somente se... então ...(bicondicional)
\wedge	=	e (conjunção)
\vee	=	ou (disjunção)
(x)	=	para todo x (quantificador universal)
O	=	é obrigatório que... (operador deôntico)

INTRODUÇÃO

A tributação é um fenômeno social que tem um caráter relevante, qual seja, incidir sobre todos cidadãos de determinado Estado. Não há como falar em Estado se não tratar das formas de financiamento desse ente. A tributação está essencialmente ligada ao nível democrático de determinado Estado Constitucional.

Os Estados Constitucionais funcionam institucionalmente e as instituições compõe o poder soberano estatal, atuando de forma independente e harmonicamente entre si. Falar em maturidade democrática exige tratar sobre direito e a relação conflituosa entre cidadãos. Nesse sentido, a instituição que visa à pacificação de conflitos é o Poder Judiciário que tem como fim precípua aplicar o direito ao caso concreto apaziguando divergências sociais.

Entretanto, cabe perquirir: Há parâmetro para medir o grau de racionalidade da aplicabilidade do direito? O direito é ciência ou é ação? Essas dúvidas, quando somadas ao aspecto tributário, impõe o dever de questionar: Como medir a racionalidade do discurso tributário?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou em seu Título VI sobre a Tributação e o Orçamento da federação brasileira. No primeiro artigo desse título, artigo 145, em seu parágrafo único, há um tema demasiadamente complexo, que versa sobre ponto fundamental da democracia, qual seja, a instrumentalidade da igualdade tributária, medida pela capacidade contributiva.

Levando-se em conta esses aspectos, este trabalho tem como escopo responder ao seguinte questionamento fundamental: “Há racionalidade na aplicação do princípio da capacidade contributiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal?”

Para abordar essa problemática partiu-se dos seguintes parâmetros questionadores. A Teoria da Argumentação Jurídica cunhada por Robert Alexy pode ser pressuposto para mensuração da racionalidade da fundamentação jurídica? Ela é suficiente para esse desiderato? Há necessidade de abordar questões sobre economia e tributação e o movimento Análise Econômica do Direito no julgamento de demandas tributárias?

Considerando-se as dúvidas que norteiam essa pesquisa, passa-se a análise dessa tormentosa e nobre função de decidir, realizada no âmbito da Corte Constitucional Brasileira que faz jurisprudência relevante e replicável.

Neste trabalho, o primeiro capítulo se debruça na obra de Robert Alexy “Teoria da Argumentação Jurídica”, apresentando os principais aspectos da teoria do discurso prático racional geral, base para compreensão de sua teoria da argumentação jurídica. Após apresentação da obra alexyana, abordou-se as diversas teorias da tributação, por meio da obra de Paulo Caliendo “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, apresentando a necessidade de interdisciplinaridade do direito e a economia para a análise das decisões que abordam o princípio da capacidade contributiva. Por fim, no último capítulo, fez-se análise de 4 decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal.

A metodologia para eleição das 4 decisões seguiu-se o seguinte procedimento: fez-se um corte jurisprudencial que consistiu em analisar as decisões relevantes que resultaram de pesquisa feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, em 30 de setembro de 2015, às 21 horas, com a palavra-chave (*input*), entre aspas, “**CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**”. Por meio de tal procedimento, retornou como resposta (*output*), 127 acórdãos, dos quais, após filtro foram excluídos os acórdãos meramente repetitivos e sem relevância, bem como aqueles que não apresentaram a palavra-chave no corpo da ementa. Restaram 33 acórdãos, os quais, também contiveram aspectos dispensáveis ao objetivo deste trabalho, como questões meramente processuais, tais como os agravos regimentais e agravos em recurso extraordinários que têm finalidades, antes, processuais do que propriamente relativas ao mérito da questão. Diante disso, e para evitar tergiversações sem adentrar ao cerne do problema, sobraram para análise quatro decisões, quais sejam: 1) ADI 1643/UNIÃO, 2) RE 627.543/RS, 3) RE 562.045/RS, 4) RE 234.105/SP.

CAPÍTULO 1

1. A TEORIA DO DISCURSO RACIONAL COMO TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.

1.1 CONTRIBUIÇÕES PROPEDEÚTICAS

Avaliar a atividade jurisdicional é fundamental para a conclusão do nível de maturidade democrática de um Estado. A academia visa proporcionar instrumentos adequados para a mensuração dessa atividade e atribuição de valor, típico da conduta avaliativa. Robert Alexy apresentou a tese jurídica de que é possível avaliar a correção argumentativa das decisões judiciais. Em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” apontou que o direito é uma ciência normativa cuja racionalidade científica decorre da correção argumentativa do direito.

A cientificidade do direito foi posta em dúvida em diversos sentidos e aspectos no decurso da história da ciência. É evidente que a característica principal do direito é a decidibilidade de conflitos. Seu caráter normativo regula condutas por meio da lógica deontica, decorrência da cópula dever-ser. Seus operadores lógicos são: ordenado, proibido e permitido.¹ Diferentemente da lógica apofântica, cuja cópula ser, ontológica, permite juízos de verdade e falsidade, característica precípua das ciências da natureza, as ciências normativas têm juízos de correção. “*O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa*” (DWORKIN, 2010, p. 17).

Prossegue, DWORKIN (2010, p. 112,113):

Os filósofos do direito discutem sobre o fundamento interpretativo que qualquer argumento jurídico deve ter. Podemos reverter essa questão. Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta

¹ Não é escopo deste trabalho debruçar sobre teoria do direito, perquirir a complexidade do ordenamento jurídico, **apresentar** as características das normas que o compõe, e rever as classificações apresentadas por autores como H.L.A. Hart em “O conceito de direito”, ou Hans Kelsen em “Teoria Pura do Direito”. Entretanto, reconhece-se a existências de normas que tratam de normas, de modo a não ter a finalidade imediata de regulação de condutas humanas, tais como normas interpretativas. Entretanto, inclusive essas normas seguem aos operadores deonticos ordenado, permitido e proibitivo, até mesmo as normas interpretativas. Tais normas têm como destinatários seres humanos, intérpretes, e regulam sua conduta diante da intelecção do texto, razão pela qual, não exclui a validade dos operadores deonticos constitutivos da ciência jurídica.

e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito.

Da citação de Dworkin, pode-se compreender que o direito é uma ciência normativa de caráter argumentativo. Nem sempre se terá decisões que aplicam o direito dado previamente ao caso concreto. Nesses casos ocorre a subsunção do direito aos fatos, implicando consequência jurídica. Mas há casos que não há prévia previsão legal regulando determinadas circunstâncias. Não é lícito ao juiz eximir-se de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei². Nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Entretanto, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito requer um grau mínimo de racionalidade. E quando houver conflitos entre argumentos do tipo analógicos, ou baseados em costumes ou em princípios? Qual deve ser a postura do juiz ao decidir? É possível ao juiz, alegando usar analogia, costumes ou princípios gerais do direito, decidir conforme suas íntimas convicções? Há racionalidade nos argumentos jurídicos das decisões dos juízes? A Teoria da Argumentação Jurídica surge como tentativa de respostas a essas perguntas.

Alexy, buscando responder a essas questões, apresenta o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático racional geral. O discurso prático racional geral é uma teoria discursiva, forjada através da leitura por Alexy de diversos filósofos da linguagem e da ética, que pode ser aplicada a todo e qualquer discurso, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito de assembleias e debates acadêmicos. O autor apresenta as teorias dos discursos possíveis e a fundamentação das regras do discurso. Alexy (2011, p. 179) trouxe a definição do que se entende por discurso e discursos práticos, cujos conceitos, para escoreita compreensão, transcreve-se *ipsis litteris*:

Os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode-se conceber como um caso especial do discurso prático geral que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente.

Depreende-se do excerto que as ciências normativas, seja a ética, seja o direito, estão voltadas para ação, ou seja, para a regulação de condutas, e, por isso, quando se debruça a falar sobre tais discursos, está-se diante de um discurso prático. A ciência jurídica é

² Art. 126 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil Brasileiro.

um caso especial do discurso prático geral. Mas o que vem a ser discurso prático geral? Trata-se de um discurso existente em todos os debates normativos, por exemplo, quando se debate acerca da eticidade de uma conduta, sobre a formulação legislativa ou, mesmo, sobre formulação de políticas públicas. Na obra de Alexy, parâmetro desta pesquisa, o autor formula uma teoria para racionalizar esse discurso, cujo nome dado é Teoria do Discurso Prático Racional Geral. O direito decorre desse discurso, mas é limitado, pois deve respeitar a lei, a dogmática e os precedentes. Ademais, não só a lei, a dogmática e os precedentes serão suficientes para limitação do discurso jurídico. Como ciência social, ele deve observar também as comunicações extrassistêmicas com outros subsistemas sociais, como a sociologia e a psicologia, no caso do direito de família, ou a economia, no caso do direito tributário, direito financeiro, direito empresarial.

Antes de adentrar-se na Teoria do Discurso Prático Racional Geral, é fundamental compreender alguns conceitos essenciais que formaram a Teoria Alexyana.³Toda teoria de Robert Alexy circunscreve a dois princípios estruturantes da democracia, quais sejam, liberdade e igualdade. Relacionando esses princípios ao discurso, com base em Hare, Alexy apresenta os **princípios da universalidade** e o **princípio da prescritividade**. Tais princípios são tratados como regras básicas da argumentação moral.

Toda proposição tem um conteúdo descritivo, que é denominado por conteúdo locucionário ou frástico. O princípio da universalidade deve estar presente em todo conteúdo frástico das proposições e asserções argumentativas. Se se atribui um predicado a determinado sujeito, em razão de sua condição ontológica, deve se estar disposto a atribuir o mesmo predicado quando em outro sujeito se observar condições ontológicas iguais, análogas, ou semelhantes. É dizer, quando se afirma que determinada tributo é isonômico, por respeitar determinadas características descritivas, deve-se respeitar o princípio da universalidade, e tratar tais características universais como tais, obedecendo à atividade de imputação de mesmos predicados a coisas ontologicamente iguais ou semelhantes em suas semelhanças fundamentais, ou preponderantes. Em síntese, princípio da universalidade que tem o mesmo sentido do princípio da igualdade, visa a tratar de forma igual os iguais em suas medidas, ou condições.

³ Não é objetivo desta monografia apresentar os principais autores que contribuíram para a formação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy. Será apresentada somente a Teoria do Discurso Prático racional Geral e a Teoria da Argumentação Jurídica, decorrente da primeira. Não obstante, os conceitos julgados fundamentais foram apresentados nas Contribuições Propedêuticas.

Entretanto, as proposições não somente descrevem, mas também provocam mudanças no mundo. Elas fazem algo, seja uma ordem, um pedido ou um esclarecimento. Esse fazer algo é denominado de conteúdo ilocucionário ou nêustico. O princípio da prescritividade está relacionado somente de forma tangente ao conteúdo ilocucionário ou nêustico. Isso porque, na verdade, trata-se de um aspecto pragmático. O emissor de determinada proposição deve estar disposto a aceitar as consequências de seu ato de fala, mesmo que seja ele o afetado, numa situação hipotética. Conceituando, o princípio da prescritividade é a aceitabilidade das consequências de determinadas imputações inclusive para o próprio emissor, se se estiver sob a condição para aplicação de determinado resultado.

Isso é, “*o Princípio da Universalidade e o Princípio da Prescritividade são satisfeitos quando a pessoa que julga está disposta a aceitar as consequências do seu juízo moral, inclusive para si mesmo*”.⁴

Por fim, relevante se faz apresentar, mesmo que de forma perfunctória, a compreensão de Alexy sobre a teoria consensual da verdade de Habermas. Alexy (2011, p. 113), afirma que:

“Segundo Habermas, um jogo de linguagem bem-sucedido pressupõe o mútuo reconhecimento de quatro pretensões de validade ‘Se pretende a *inteligibilidade* da expressão, a *verdade* do seu conteúdo proposicional, a *correção* ou adequação do seu conteúdo performativo e a *veracidade* do falante.

A verdade do conteúdo proposicional é obtida por meio de um consenso, numa situação ideal de fala. A situação ideal de fala está ausente de coações. Todos os falantes com desenvolvimento cognitivo adequado podem participar do debate. A verdade, ou correção das proposições normativas, está atrelada a possibilidade de generalização, que é alcançada quando todos estão dispostos a sofrer as consequências do conteúdo normativo, querendo-o e aceitando-o. Assemelha-se a ideia dos princípios da universalidade e da prescritividade de Hare, entretanto, aquele é obtido por um consenso fundado em uma situação ideal de fala.

A maior crítica à teoria habermasiana está na praticabilidade, ou seja, a possibilidade de realização de um consenso fundado, decorrente de uma situação ideal de fala. Não obstante, essa crítica é abordada por Habermas, conforme expõe Alexy (2011, p. 125):

Habermas contesta essa objeção com sua teoria do caráter contrafactual da situação ideal de fala. Segundo essa teoria, citando Habermas, a situação

⁴ Alexy, 2011, p. 78, nota nº 175.

ideal de fala “nem é um fenômeno empírico nem um mero artifício, mas uma inevitável presunção recíproca adotada no discurso”. Essa antecipação da realização de uma situação ideal de fala “é uma garantia de que podemos unir a um consenso faticamente alcançado a pretensão de um consenso racional; ao mesmo tempo, é um critério com que se pode questionar e comprovar qualquer consenso alcançado faticamente, no sentido de se este é ou não um indicador suficiente para um consenso fundado”. “À estrutura do discurso possível corresponde a que nós, no desenvolvimento do ato de fala, ajamos contractualmente como se uma situação ideal de fala não fosse uma mera ficção, mas uma realidade – a isso chamamos de suposição.”⁵

Com essas contribuições propedêuticas, pode-se passar a teoria do discurso prático racional geral, cunhado por Alexy.

1.2 TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO RACIONAL GERAL

O problema da fundamentação de proposições normativas, cujo apanágio clássico são os juízos de valor e os juízos de dever, está na concepção da impossibilidade de imputação dos predicados “verdadeiro” ou “falso”. As proposições da lógica clássica permitem juízos de verdade baseados em conclusões logicamente demonstráveis. Não obstante, pode-se questionar tais premissas, pois se verifica nos discursos normativos a presença de cópulas “se, então”, “se, e somente se”.

Alexy apresenta um exemplo que pode nos clarificar essa relação.

A discussão da tese de Hare e Toulmim mostrou que quem afirma uma razão *G* (por exemplo, “A mentiu”) elaborando uma proposição normativa *N* (por exemplo, “A agiu mal”), pressupõe uma regra *R* (por exemplo, “mentir é errado), da qual justamente a partir de *G*, segue-se *N* logicamente. Quem puser em dúvida a fundamentação de *N* por meio de *G* e *R*, pode dirigir-se contra *G* ou contra *R*. Se se dirige contra *R*, é necessário fundamentar a regra que se expressa por meio de “é errado mentir”. Nessa fundamentação de segundo nível, pode-se apresentar como razão um enunciado como “mentir gera sofrimentos evitáveis” (*G'*). Por sua vez, pressupõe-se uma regra (*R'*); por exemplo, “o que causa sofrimentos evitáveis é ruim”. Segundo este exemplo, para fundamentar também *R'*, é necessário uma nova regra *R''*, e assim sucessivamente.⁶

⁵ A situação ideal de fala teorizada por Habermas é impraticável num contexto universal. As visões de mundo distintas, decorrentes de culturas aperfeiçoadas historicamente, permitem somente a concretização de consensos fundados em âmbitos regionalizados. O caráter contrafactual da teoria de Habermas é, no mínimo, objetável, e pode servir a interesses de grupos, para legitimação de condutas culturalmente não aceitas. Não obstante, não seja esse o escopo dessa monografia, fundante realizar tal ressalva. Entretanto, a grande contribuição habermasiana está na construção de possibilidade de participação universal sem coações, ou seja, o conflito discursivo para fomento de consensos, mesmo que tênues e frágeis.

⁶ Alexy, 2011 p. 178.

Resta evidente que a fundamentação em cadeia gera um regresso ao infinito. Tal regresso remete a obra Kelseniana “Teoria Pura do Direito”, a qual apresenta, na Dinâmica Jurídica, que o fundamento de validade de uma norma é uma norma superior, posta, que por sua vez busca seu fundamento de validade não mais numa norma posta, mas pressuposta, conhecida como Norma Fundamental, cujo conteúdo não é dado. Assim, arbitrariamente, dá-se fim ao regresso ao infinito.

Alexy apresenta uma saída para esse problema, designado por H. Albert como “trilema de Münchhausen”⁷. Sua teoria discursiva aponta como solução, não, no fim das contas, uma decisão arbitrária e infundada, mas uma **fundamentação procedimental**. Daí deriva a famosa **racionalidade procedimental**, de **consensos fundados discursivamente**. A teoria do discurso prático racional geral elenca uma série de regras que definirá a fundamentação das proposições normativas.

Antes de adentrar nas regras propriamente ditas de sua teoria, é importante apresentar as teorias dos discursos possíveis. Alexy afirma que as teorias do discurso podem ser **empíricas**, **analíticas** e, finalmente, **normativas**. A **teoria empírica** limita-se a apresentar os argumentos empregados pelos participantes do discurso, e os efeitos de tais argumentos e concepções dominantes. A teoria empírica é, no fim das contas, insuficiente, por ser somente constatativa, não servindo de âncora fundante para racionalidade discursiva. A **teoria analítica** realiza a decomposição das estruturas dos argumentos que **são possíveis e utilizados**. Não passa, portanto, de um instrumental, do qual não se pode ter nenhuma conclusão minimamente razoável. Por fim, a **teoria normativa** baseia-se em critérios estabelecidos que fundamentam proposições discursivas.

Não é possível perfazer uma avaliação discursiva pela teoria normativa se não se fizer antes uma decomposição dos argumentos utilizados e utilizáveis. De uma obviedade clara e límpida que se conclui que toda análise pressupõe decomposição e recomposição, para conclusões. A teoria do discurso prático racional geral é uma teoria normativa que se funda, também, na teoria analítica e empírica.

Alexy, antes de adentrar nas regras e formas do discurso prático racional, apresenta quatro modos de fundamentação das regras do discurso prático geral. A **fundamentação técnica**, **fundamentação empírica**, **fundamentação definitória** e

⁷ O trilema de Münchhausen é a expressão designada por Hans Albert para indicar as falácias do discurso que busca provar a verdade por meio da lógica, pois sempre se retornará a um regresso ao infinito, conforme Alexy, 2011, p. 179.

fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático universal e a relação entre essas formas de fundamentação.

A **fundamentação técnica** pressupõe que toda regra tem uma finalidade. O aspecto teleológico que define as razões de um conjunto de regras dadas. Conforme Alexy,⁸ esse tipo de fundamentação foi apresentado, por Lorenzen e Schwemmer, os quais deduzem como fim pressuposto para toda regra moral uma “eliminação não violenta do conflito”. A grande deficiência de tal fundamentação é gerar a necessidade de fundamentação, também, do fim eleito. E, se eleito um fim, ele deveria ser tão abrangente, abstratamente eleito, cuja força vinculativa seria fraca, permitindo a existência de regras discursivas incompatíveis entre si.

A **fundamentação empírica**, à semelhança da teoria empírica, limita-se a apresentar o conjunto de regras existentes. A seu favor, tem-se a vantagem de, evidentemente, concluir-se que ao menos tais regras são possíveis. Entretanto, sua fragilidade está na manutenção do *status quo* vigente, que, não necessariamente, é racional.

A **fundamentação definitória** consiste na apresentação de um plexo de regras que garantem a realização do discurso. É definitória porque define as regras vigentes. Sua fraqueza consiste, portanto, na arbitrariedade da eleição ou definição das regras que compõem o sistema. Tem como qualidade, ao menos, a definição precisa e clara de quais regras fundamentam regras.

Por fim a **fundamentação pragmático-transcendental**, também chamada de **fundamentação pragmático-universal**, afirma que só haverá comunicação linguística se existirem determinadas regras, as quais não podem ser abandonadas sob pena de se abandonar, também, comportamentos especificamente humanos. Tais atos de fala, ou regras fundadoras do discurso, são “*condição de possibilidade da comunicação linguística*”. Essas regras são os pontos de partida de qualquer comunicação.

Não é possível basear num só tipo de fundamentação de regras para, a partir disso, garantir a racionalidade discursiva. Tem-se que a conjunção de todas as formas possibilita a construção de um sistema aperfeiçoado (**fundamentação definitória**), não arbitrário, que parte de regras existentes (**fundamentação empírica**) e de regras que são reconhecidas como pressupostos da comunicação linguística (**fundamentação pragmático-universal**), elege-se um fim, ou fins (**fundamentação técnica**), discursivamente fundados.

⁸ Alexy, 2011, p. 181.

1.2.1 REGRAS E FORMAS DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

Alexy apresenta na parte II de sua obra um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral. Ela é formada por meio de regras procedimentais que garantem a realização discursiva, ou seja, por meio de sua teoria, extraiu-se o critério de racionalidade para discursos cunhados de juízos de valor e de dever por meio do procedimento, daí decorre a racionalidade procedimental. As regras e formas constitutivas de sua teoria discursiva podem ser instrumentos em diversas searas de debate, tais como deliberações políticas por exemplo.

O autor inicia sua abordagem apresentando as **regras fundamentais** que são condições de possibilidade, ou de realização do discurso. Cada regra será enumerada conforme foi na obra original. Far-se-á breves comentários e, em fim, adentrar-se-á a finalidade precípua dessa apresentação, a teoria da argumentação jurídica.

As regras fundamentais, conforme Alexy (2011, p. 187), são condições de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate de verdade ou correção.

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferente significados.⁹

A regra (1.1) é decorrência direta da lógica clássica. Nenhuma proposição pode ser construída do modo $A \wedge \neg A$. Tal proposição é contraditória, pois redundante em um conjunto vazio. Um nada, dito por meio simbólico. Já se abordou acima sobre a aplicabilidade das regras da lógica apofântica às proposições normativas, momento em que se demonstrou juízos de dever com uso de cópulas *se... estão* (\rightarrow), comumente usada na lógica deontológica.

A regra (1.2) é pressuposto básico de toda comunicação que tenha pretensão de seriedade. Nenhum falante que pretenda lançar-se no discurso será levado a sério se restar evidenciado seu descrédito naquilo que ele mesmo afirma. Não há aqui proibições de conjecturas e ilações, desde que fique como tais caracterizadas.

⁹ As regras apresentadas neste capítulo são transcrições *ipsis litteris* da obra original. Nesta monografia será apresentada apenas comentários as regras, e, posteriormente, serão utilizadas como instrumento para análise dos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal em que são aplicados os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

A regra (1.3) é fundamental para a compreensão de proposições normativas. O destinatário dessa regra é o falante, considerado individualmente. É comumente designada no direito pelo adágio *venire contra factum proprium*, ou seja, veda-se o comportamento contraditório. As características ou descrições das proposições guardam significação própria, e se é atribuída determinada característica a algo, espera-se que para outro algo, designado pelas mesmas características, dê-se idêntica significação. Dada certas condições, se se aplica determinado adjetivo, que é um tipo de juízo de valor, ou determinada obrigação, permissão ou proibição, que são meios de realizar juízos de dever, deve-se respeitar a mesma adjetivação ou obrigação, permissão ou proibição para aspectos que estejam em condições ou circunstâncias, em seus principais aspectos, iguais. Refere-se, portanto, ao apanágio do comportamento coerente. Conforme afirmado por Alexy (2011, p. 189):

(1.3) Refere-se à coerência do falante. Aplicada a expressões valorativas (1.3) adota a seguinte forma:

(1.3') todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos aspectos relevantes;

(1.3') É uma formulação do princípio de universalidade de Hare.

Por sua vez, a regra (1.4) guarda íntima relação com a regra (1.3), entretanto, aquela regra tem como destinatário a comunidade de falantes, enquanto a regra (1.3) tem como destinatário o indivíduo, considerado em sua individualidade.

A regra (1.4) retoma a ideia de um auditório universal, onde todos os falantes aplicam expressões respeitando sua significação. Atribui-se unidade ao uso instrumental da linguagem, respeitando os delineamentos essenciais da semântica, para que, pragmaticamente, garanta-se a compreensão.

Após apresentar as condições de possibilidade discursiva, o qual retoma a ideia da fundamentação pragmático-universal, Alexy dedica-se a dedução das **regras de razão** as quais são fundamentais para se superar ao “trilema de Münchhausen”, o regresso ao infinito.

Conforme o autor (2011, p. 191), “*para o ato de fala de asserção rege a seguinte regra*”:

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

Esta regra pode-se denominar a “regra geral de fundamentação”

Retoma-se aqui a ideia da condição ideal de fala habermasiano. A comunicação linguística é fundada no pressuposto de igualdade e de ausência de coerções. Alexy (2011, p. 191), no processo de análise, faz disjunção da regra em partes para compreensão de seu conteúdo.

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

A segunda regra regula a liberdade de discussão. Pode subdividir-se em três exigências:

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) é importante especialmente no discurso prático. Finalmente, a terceira regra tem a função de proteger o discurso da coerção. Enunciando-se assim:

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.

As regras de razão formam um critério *hipotético-normativo* para correção das proposições normativas. Elas se referem à abertura do discurso. As restrições de participação injustificáveis caracterizam-se como um desvio irrazoável dessas regras. Mas as regras de razão, por si só, não são suficientes para se evitar uma regressão ao infinito. Ademais, elas podem gerar outro problema de comunicação que seria a abertura demasiada e desmedida ao discurso que geraria transtornos de comunicabilidade de difícil superação. Para se evitar isso, cunha-se novo conjunto de regras denominadas de **regras sobre carga da argumentação**.

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentam como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.

A regra em (3.1) estabelece a presunção de igualdade. Não se pode tratar de formas distintas coisas distintas se não for apresentadas razões para essa distinção e os contornos de diferenciação. Aqui, retoma-se o conceito propedêutico dado do **princípio da universalidade**.

A regra em (3.2) juntamente com a regra (3.4) limitam o foco discursivo. Evitam-se delongas com *obter dictum* desarrazoados. A finalidade discursiva tem um fim, qual seja, alcançar um consenso. Se para isso forem apresentadas opiniões, desejos e necessidades, assume-se o ônus de demonstrar, se lhe for pedido, a fundamentação para tal inclusão. A regra (3.2) garante, também, que as regras que são pressupostas, em decorrência de pacificação consensual quanto a sua validade histórica, só podem ser atacadas se houve fundamentação de tal ataque.

Por fim, a regra (3.3) distribui o ônus argumentativo com equitativa distribuição da carga de fundamentação. Seria muito fácil, a qualquer falante, exigir do emissor, de forma contínua e inoportuna, fundamentação de suas asserções, indefinidamente. Seria, nesse caso, como uma criança de quatro anos que está descobrindo o mundo, e para isso, vive perguntado “por que” atrás de “por que”, ou seja, o “trilema de Münchhausen”. Os discursos são travados entre debatedores que tem cognição adequada para a consecução do objetivo, alcançar o consenso. Desse modo, todo falante que apresenta um argumento, só está obrigado a apresentar novo argumento, se o seu argumento inicial foi contra posto, de modo fundamentado.

Apresentadas as regras fundamentais, as regras de razão e as regras de carga da fundamentação, Alexy apresenta as formas de argumento utilizadas no discurso prático racional geral. Isso é importante pelo simples fato de se organizar a forma de decomposição das ideias do discurso, conforme preceitua a fundamentação analítica. Basicamente, pode-se estabelecer duas formas de argumentação, quais sejam, uma consequencialista, também chamada teleológica, que é baseada na finalidade a ser alcançada (F), seja porque trata-se de um fim obrigatório, seja porque trata-se de um fim desejado, outra legalista, que ancora-se em uma regra que obriga a aplicação de determinada norma (N). Tal regra apresenta determinadas condições de aplicabilidade, que tem característica descritiva (T).

Haverá sempre a necessidade de se pressupor regras justificadoras, ou pontos de partida, ou seja, não é obrigatório justificar todas as normas. Não é necessário justificar todas as regras, mas há a potencial possibilidade de justificação normativa, se houver necessidade.

Assim, Alexy apresenta duas formas básicas de argumento (2011, p. 196):

(4.1) T
 R

$$(4.2) \quad \frac{F}{\frac{R}{N^{11}}}$$

(4.1) e (4.2) são subformas da forma geral

$$(4) \quad \frac{G}{\frac{R}{N}}$$

Pode-se citar um exemplo da forma de argumento em (4.1). Tem-se o enunciado T: “A Constituição Federal garante a dignidade humana como valor fundamental”. A regra R prescreve que: “deve-se criminalizar a injúria que atenta contra à dignidade humana”. Subsumindo R a T, tem-se válido o enunciado normativo “é crime injuriar alguém, ofendendo-lhe a honra”.

Apresenta-se outro exemplo para a compreensão da forma de argumento em (4.2). Tem-se a consequência F: “a derrocada dos bancos deve ser evitada”, a regra R prediz: “o pagamento das diferenças dos expurgos inflacionários brasileiro acarretará a derrocada dos bancos”. Subsumindo-se R a F, tem-se válido o enunciado normativo “é indevido o pagamento da diferença dos expurgos inflacionários aos poupadores brasileiros”.

Alexy aponta a possibilidade de se desenvolver um discurso teórico de segundo nível ao se perquirir sobre a verdade do enunciado *T* ou sobre a necessidade de *F*.

Trata-se de fundamentação que se ancorará em argumentos do tipo empírico, apontando estados de coisas que se dá com a vigência de *R* ou estado de coisas futuro, que se produzirá se seguir *R*. Com isso, apresenta as formas (4.3) e (4.4), que, basicamente, seguem as mesmas formas de (4.1) e (4.2).

O grande desafio encontra-se em estabelecer qual forma de argumento seguir num discurso prático. Para isso, o autor apresenta as regras de prioridade, que pode se dar, numa atitude reflexiva, pelas condições do caso onde se aplica o método holístico, ou de forma abstrata, situações que são raríssimas, onde se tem de pronto o estabelecimento de prioridades. Para as primeiras tem-se a regra de prioridade condicional, onde, dada certas condições, prefere-se uma regra a outra. As formas das regras de prioridade são (Alexy, 2011, p. 198):

¹⁰ A forma de argumento pode ser lida da seguinte forma: o enunciado T é buscado, a regra R garante o enunciado T, então deve-se observar o enunciado normativo N que é decorrência da subsunção de R a T.

¹¹ A forma de argumento pode ser lida da seguinte forma: o enunciado F é exigido, a regra R garante o enunciado F, então deve-se observar o enunciado normativo N que é decorrência da subsunção de R a F.

- (4.5) $R_i P R_k$ ou $R'_i P R'_k$ ¹²
 (4.6) $(R_i P R_k) C$ ou $(R'_i P R'_k) C$ ¹³

Há possibilidade de transição e combinação das formas argumentativas. O mérito da apresentação de tais formas está em possibilitar uma análise estruturada da argumentação empregada nos discursos práticos. Conforme Alexy (2011, p. 199), “*as diferentes combinações de formas de argumento produzem uma estrutura de argumento*”.

Após a apresentação das formas de argumentação, não se chega a uma conclusão que põe fim a problemática da argumentação prática, entretanto, exclui-se a possibilidade de construção de argumentos que se ancoram em pressupostos indemonstráveis, que se utilizam de retórica vazia, isto é, para ser fiel às expressões usadas pelo autor, “*não se recorre a meios como adulações, acusações e ameaças*”.

Dando continuidade as regras de fundamentação, Alexy retoma um ponto fundamental para a construção do sistema de regras que pressupõe uma argumentação racional. São eles: 1) variantes do princípio de universalidade, também chamado de princípio da generalizabilidade, 2) argumento genético e 3), a necessidade de realizabilidade.

O princípio da universalidade tem três variantes, a de Hare, a de Habermas e a de Baier. Nesta monografia foi apresentada de forma perfunctória as dos dois primeiros teóricos. Retomar-se-á brevemente ao que fora exposto e apresentar-se-á a forma de Baier sem maiores lucubrações.

Hare apresenta os princípios da universalidade e da prescritividade, onde primeiro deles fora pressuposto de formação da regra fundamental (1.3’). Por meio dos dois princípios cunha-se a seguinte regra (Alexy, 2011, p. 200):

- (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

Por meio da formulação da condição ideal de fala habermasiana e da estrutura das regras de razão, já abordadas anteriormente, e considerando que se está formulando uma teoria discursiva onde discorre sobre questões práticas, só será alcançável

¹² Leia-se da seguinte forma: R_i é preferível à R_k . R'_i e R'_k são estruturas de argumentação teórica de segundo nível.

¹³ Leia-se da seguinte forma: R_i é preferível à R_k sob as condições C . R'_i e R'_k são estruturas de argumentação teórica de segundo nível.

um acordo prático se houver aceitação geral. Formula-se, com isso, a seguinte regra (Alexy, 2011, p. 201):

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

Por fim, Baier¹⁴ apresenta uma regra excludente, onde considera a exigibilidade de abertura e sinceridade que regem os discursos (ibidem).

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

Após a formulação específica do princípio de universalidade, parte-se para o conteúdo existente nas regras, formuladas discursivamente. O homem, por ser um ser moral, sociável, que se desenvolve no curso histórico, não pode fugir desse aspecto ao construir seu próprio sistema de regras discursivas. O homem constrói-se individualmente e socialmente, não podendo dissociar aspectos que são conurbados. Daí formula-se as duas regras (Alexy, 2011, p. 202):

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

- a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou
- b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

Um exemplo das regras acima pode ser dado ao se considerar a união estável homoafetiva. Mudou-se a compreensão entre a união formada entre homem e mulher, para, discutindo questões de gênero, incluir na união estável as uniões homossexuais.

Ademais, conquanto não se tenha formulado o que seja “condições de socialização não justificáveis”, aponta-se aqui uma possível situação histórica de formação de tais condições, a escravidão, onde, por meio de uso coercitivo e da força, formularam-se

¹⁴ Conforme Alexy, 2011, p. 201.

relações não justificáveis. Não podendo daí surgir estruturas argumentativas racionais justificadores de discursos com tal conteúdo.

Por fim, sem maiores dedilhados, transcreve-se as regras de transição. Tais regras são necessárias principalmente quando há conflito na justificação de regras em conflito, quando há dúvidas em quais regras devem prevalecer, passando-se para uma argumentação de segundo nível (Alexy, 2011, p. 203).

(6.1) Pra qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

Tais regras são condições de realização discursiva. Há, não raras vezes, divergência, não em relação às regras, mas sim, a fatos que se subsumem a tais regras. Por isso a razão de existência das regras de transição para a garantia da racionalidade discursiva.

Pode-se, neste momento, questionar se o conjunto de regras que compõe o sistema da Teoria do Discurso Prático Racional Geral alcançou seu desiderato. Tais regras possuem uma carga de exigibilidade limitada, mas possuem a vantagem de estabelecer parâmetros, mesmo que utópicos, para o exercício constante da busca da racionalidade argumentativa.

Ademais, conquanto não se chegue a uma conclusão definitiva, a teoria do discurso prático racional geral tem a vantagem de excluir uma série de argumentos não racionais, por não respeitarem as regras fundamentais, ou de forma coercitiva, por não observarem as regras de fundamentação, ou por distanciar de forma objetável as regra de razão.

Mas ainda permanecem dois questionamentos fundamentais. É possível considerar o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral racional? Se sim, quais condições específicas devem observar por ser um caso particular?

1.3 UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

Alexy traçou pontos fundamentais para a estruturação de sua Teoria da Argumentação Jurídica, por meio do caso especial da Teoria do Discurso Prático Racional.

Pode-se levantar uma série de objeções à Teoria da Argumentação Jurídica como caso especial, a começar pela pretensão de correção e da necessidade de fundamentação de questões normativas.

Pelo primeiro ponto, pode-se argumentar que o direito desenvolve-se institucionalmente, onde as partes não estão necessariamente preocupadas em pautar-se na verdade, mas sim procuram um provimento jurisdicional vantajoso. Conquanto as partes não estejam vinculadas ao dever de verdade e busquem a vitória judicial, há, por outro lado, o interesse das partes em argumentar de tal modo que seu discurso tenha, ao menos, verossimilhança jurídica, de modo a alcançar o convencimento, não somente do magistrado, mas de toda comunidade jurídica. As partes não argumentam prevendo somente a sentença em primeiro grau, mas buscam também argumentar de forma a obter convencimento em possível apelação, ou recurso excepcional. Dessa forma, haverá sempre uma preocupação de argumentação racional. Ademais, por força constitucional, considerando que a argumentação jurídica está jungida ao ordenamento jurídico pátrio, conforme artigo 93, inciso IX, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário terão suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade. Sendo assim, desde as partes, até a figura do Estado-juiz, haverá a preocupação de agir consoante os imperativos da pretensão de correção.

Pelo segundo ponto, faz-se objeção à Teoria da Argumentação Jurídica apontando que, em decorrência de toda argumentação estar vinculada ao ordenamento jurídico, não haverá a preocupação da racionalidade das questões normativas. Opõe-se a tal objeção apontando que nos discursos jurídicos, a despeito de não haver preocupação direta e imediata de fundamentação das questões normativas, haverá sempre a preocupação de realizar o provimento jurisdicional de modo racional, até porque, há uma confiança generalizada da necessidade de controle jurisdicional. Tanto a norma individualizada pela sentença passa por um controle institucional, quanto a norma abstrata passa por um controle constitucional.

As pessoas, conquanto critiquem ou reclamem da atuação do Poder Judiciário, ainda confiam na atuação desse Poder. Elas não buscam, via de regra, o exercício arbitrário das próprias razões, mas sim a atuação jurisdicional para a decidibilidade de conflitos com a menor perturbação social possível. Sendo assim, busca-se racionalmente fundamentar as decisões, com base no ordenamento jurídico, para a manutenção das expectativas vigentes. Se esse não fosse o caso, talvez se estaria a beira de uma ruptura institucional, como o foi a Revolução Francesa em 1789.

O caso agora é de se responder ao questionamento: “*Mas o que é fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente? Para responder a essa pergunta, serão traçadas, no que se segue, as linhas fundamentais de uma teoria da argumentação jurídica.*”¹⁵

1.3.1 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

Alexy segregou a análise das decisões judiciais, as quais são casos de proposições normativas que definem um provimento que faz lei entre as partes, em: 1) justificação interna e justificação externa. A primeira versa sobre a estrutura interna da decisão, comumente conhecido como caso de silogismo jurídico, onde, dada a premissa maior, norma do ordenamento jurídico vigente, e a premissa menor, fato, este se subsume, permitindo o dispositivo jurisdicional. Já a Justificação Externa trata-se da racionalidade, ou correção, dessas proposições.

1.3.1.1 A JUSTIFICAÇÃO INTERNA.

A estrutura mais comum de justificação interna é a seguinte (Alexy, 2011, p. 220):

(J.1.1).(1) (x) (Tx → ORx)
. (2) Ta
. (3) ORa¹⁶

Pode-se estruturar em linguagem corrente com o seguinte exemplo:

- (1) Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (§ 1º do artigo 145 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)
- (2) É possível graduar o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana conforme a capacidade econômica do contribuinte.

¹⁵ Alexy, 2011, p. 217.

¹⁶ Leia-se: (1) primeira premissa [premissa maior], (x) para todo X, (Tx → ORx) se Tx então é obrigatório Rx, (2) segunda premissa [premissa menor], Ta, tem-se Ta, (3) conclusão [dispositivo], ORa, é obrigatório Ra.

- (3) O Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana deve ser graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Resta evidenciado que a estrutura ou forma argumentativa apresentada tem como escopo evidenciar a aplicação do princípio da universalidade, que tem caráter de justiça formal, tratando-se de forma igual todos aqueles que, em suas características relevantes, são iguais. Alexy aponta que, para que haja respeito ao princípio da universalidade, a constituição da estrutura de argumento deve conter ao menos uma norma de caráter geral (universal) para que não haja, no curso da fundamentação, qualquer conclusão. Para isso aponta as seguintes regras de justificação interna (Alexy, 2011, p. 221):

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

A estrutura apresentada é uma forma simplória da realidade existente na aplicabilidade das normas do ordenamento jurídico em provimentos jurisdicionais. No exemplo dado vislumbra-se que para que haja escorreita compreensão da justificação interna, fundamental se faz segregar as premissas em maior número para a garantia da correta compreensão.

A norma universal prevista em (1) prediz que sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Sem adentrar a justificação das premissas normativas, justificação externa, tem-se que a aplicabilidade da norma depende da possibilidade de aferição da manifestação de riqueza do contribuinte. Havendo manifestação de riqueza, o tributo deve ser graduado conforme essa manifestação. Trata-se de norma eminentemente interpretativa.

Alexy apresenta também formas de justificação interna mais complexas, que variam segundo as condições de aplicabilidade da norma. Neste momento transcreve-se apenas as estruturas apontadas pelo autor. Ele aponta a necessidade de estabelecer progressivamente a forma de argumentação, conforme a descrição da hipótese normativa.

Tem-se um exemplo da forma de argumento progressiva usando-se o artigo 145 do Código Tributário Nacional, *in verbis*: “Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I – impugnação do sujeito

passivo; II – recurso de ofício; III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149. Acompanhe o exemplo com as referências em roda-pé, para a organização do raciocínio.

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)^{17}$
 (2) $((M^x) \wedge (M_1 \vee M_2 \vee M_3)) \leftrightarrow Tx)^{18}$
 (3) $S \leftrightarrow M_3^{19}$
 (4) $M^x \wedge S \rightarrow ORx$.

As formas argumentativas possuem complexidade mitigada ou majorada a depender da abertura semântica das palavras que compõe as normas, das condições de implementação, das exceções de aplicabilidade. Nesse sentido, aponta-se as seguintes normas (Alexy, 2011, p. 224):

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M^x , deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

Por meio de (J.2.3) e (J.2.2) tem-se a seguinte forma geral de justificação interna²⁰ (Alexy, 2011, p. 225):

- (J.1.2).(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 .(2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 .(3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
 .

¹⁷ Tx pode ser compreendida como condições para a alteração do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo. ORx pode ser compreendido como a permissivo da alteração do lançamento. Os juízos deônticos possuem os operadores lógicos obrigatório, permitido e proibido.

¹⁸ Leia-se Se e somente se $(M^x$ e $M_1)$ ou $(M^x$ e $M_2)$ ou $(M^x$ e $M_3)$ então Tx . “ M^x ” pode ser compreendida como “o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo”, M_1 pode ser compreendido como “impugnação do sujeito passivo para alterar o lançamento”, M_2 pode ser compreendido como “recurso de ofício para alterar o lançamento”, e, por fim, M_3 pode ser compreendido como “Iniciativa da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149 do CTN.

¹⁹ S , por sua vez, pode ser compreendida como o implemento das condições previstas no art. 149 do CTN, regra que comporta semelhante estrutura.

²⁰ As formas de justificação apresentam-se demasiadamente complexas e não foram usadas na parte 3 desta monografia, entretanto, para guardar fidelidade ao autor, Robert Alexy, elas não foram suprimidas neste ponto da apresentação. Em havendo interesse em maior aprofundamento, consultar a obra original.

.
.
.(4) $(x) (Sx \rightarrow M^p x)$

.(5) Sa

.(6) ORa (1) – (5)

Quanto às etapas de argumentação, tem-se que as seguintes regras (ibidem):

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

As regras apresentadas, que estabelecem a forma de argumentação, podem causar certa perplexidade, precipuamente a regra (J.2.2) que estabelece que a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições. Pode-se, erroneamente, depreender a obrigatoriedade que se tem decidir somente conforme o direito legislado, que estabelece leis gerais e abstratas, respeitando-se, assim, o princípio da universalidade. Não obstante, não deve prosperar tal ilação perfunctória, porquanto, em se tratando de uma atividade eminentemente argumentativa, o direito permite, no processo de descoberta, a “criação do direito”. Alexy chama de “*parte criativa da aplicação do direito*”²¹,

Conquanto haja a possibilidade de criação no direito, a qual será objeto de análise na justificação externa, o aplicador do direito não possui a liberdade criativa do legislador. É garantia constitucional a legalidade civil que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude de lei. Não cabe ao magistrado, a pretexto de decidir conflitos, criar obrigações não previstas em lei abstratamente aplicável a todos, que garanta a cognoscibilidade de todos. É dever dos operadores do direito resguardar o apanágio dos Estados Democráticos, qual seja, a segurança jurídica. Dworkin (2010, p. 292) se manifestou sobre a questão ao abordar o direito como integridade²²:

²¹ Alexy, 2011, p. 226.

²² Não é escopo dessa monografia apontar as divergências entre a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. A despeito das distinções, o trecho citado reforça a ideia de que ambos autores concordam que o direito é uma prática argumentativa e Dworkin apresentou de forma complementar como se dá a formação do precedente. Dworkin e Alexy, nesse ponto, buscam respeitar a instituição do parlamento, pontos afins em meio a suas distinções.

O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common Law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado.

Desse modo, na criação do direito não é permitido fazer-se política, mas é dever do juiz não se eximir de julgar alegando omissão da lei, e para isso ele cria normas a partir da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Com essas conclusões, parte-se para o âmago da obra, a justificação externa.

1.3.1.2 A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA.

Alexy segrega em três métodos de fundamentação que exigem ser distinguidas a fim de evitar-se confusão e evidenciar as inter-relações. As (1) regras de direito positivo, (2) os enunciados empíricos e (3) as premissas excludentes das duas primeiras.

Na conjuntura brasileira, o ordenamento jurídico pátrio é organizado por uma estrutura piramidal²³, a semelhança da estrutura kelseniana, que tem no cume a Constituição da República Federativa do Brasil. Para justificação das premissas normativas que se caracterizam como regras de direito positivo, tem-se que respeitar a ordem constitucional, a validade normativa consoante critérios estabelecidos pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Lado outro, para justificação dos enunciados empíricos, tem-se como parâmetro a observância dos métodos das ciências empíricas, as máximas da presunção racional, donde advém ilações fundadas, bem como a observância das regras de direito processual, o que demonstra a inter-relação com o primeiro método, porquanto, trata-se de regras de direito positivo.

²³ A estrutura piramidal designada aqui é um eufemismo para designar a estrutura hierárquica das normas jurídicas.

Tem-se, também, as premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito positivo as quais têm seu fundamento de validade na já tratada teoria do discurso geral racional.

Tais métodos observam as formas de argumento que, consoante classificação de Alexy, subdivide-se em seis grupos: regras e formas (1) de **interpretação**, (2) da **argumentação da Ciência do Direito (dogmática)**, (3) do **uso dos precedentes**, (4) da **argumentação prática geral**, (5) da **argumentação jurídica** e (6) das chamadas **formas especiais de argumentos jurídicos**.

Alexy aborda de forma perfunctória a forma de argumentação empírica. Todo discurso racional pressupõe a necessidade de inclusão de enunciados empíricos. Não raras vezes há a presença de debates sobre questões empíricas, probatórias no seio da discussão jurídica. Hodiernamente têm-se, em decorrência da escola do utilitarismo, o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, a qual tem como pilar o uso do instrumental microeconômico para fundamentação de decisões, de tal modo que se evidencia o uso de argumentação empírica de forma intensiva. Conforme Alexy (2011, p. 231) *“indubitavelmente, é equivocado pensar que se pode reduzir o discurso jurídico a um discurso empírico”*. Apesar de sua relevância, a AED tem a habilidade de tornar como exclusiva a argumentação consequencialista com escopo de maximização da riqueza. O judiciário não tem meios suficientes para decidir de forma racional com uso exclusivo da argumentação empírica. O inter-relacionamento das formas de argumentos é pressuposto para a racionalidade discursiva.

1.3.1.2.1 Os cânones de interpretação

Com base na forma simplificada da forma de justificação interna, tem-se a seguinte estrutura de argumento (Alexy, 2011, p. 231):

- (J.1.2') .(1) (x) (Tx → ORx) (R)
 .(2) (Mx → Tx) (W)
 .(3) Ma
 .(4) ORa (1) – (2)

Tem-se que a aplicação de R dá-se pela interpretação de R através de W. Há uma diversidade de elementos de interpretação, que, desde Savigny²⁴, não se obtêm consenso prático entre os teóricos do direito. Não obstante isso, a apresentação dos cânones interpretativos é fundamental para a clareza da estrutura argumentativa, e transparência das formas interpretativas e suas respectivas funções, para análise da racionalidade discursiva.

Numa interpretação, tem-se a regra abstratamente prevista, também designada de hipótese de incidência, da qual, após interpretada na relação reflexiva, tem-se a norma concreta, R' , designada, conforme Alexy (2011, p. 232) como “*interpretação de R através de W*” (I^R_w)

Alexy apresenta seis formas de interpretação, as quais são fundamentais para a compreensão do papel dos cânones no discurso jurídico. As seis formas são chamadas de **interpretação semântica**, **interpretação genética**, **interpretação histórica**, **interpretação comparativa**, **interpretação sistemática** e **interpretação teleológica**.

A forma de **interpretação semântica** pressupõe o uso comum da linguagem, respeitadas os sentidos possíveis na língua. Toda interpretação tem como base primeira e precípua a gramática normativa do vernáculo da argumentação, sem a qual não é possível a realização do discurso. Conquanto fundamental, dela não se pode extrair a solução definitiva, sendo, portanto a porta inicial das formas interpretativas.

Na argumentação jurídica, cujos conectivos deontológicos são obrigatório, proibido e permitido, pode-se, analogicamente, compreender a linguagem semântica. Nela, haverá interpretações obrigatórias, por ser um único sentido possível da palavra, interpretações proibidas, por se atribuir sentidos teratológicos, impossíveis no uso normativo da linguagem, dando funções às palavra que não existem numa gramática da língua, e, em sua grande e esmagadora maioria, interpretações possíveis, ou, simplesmente permitidas, em decorrência de se ter mais de um sentido possível na linguagem, sobretudo, prevalecente nos conceitos jurídicos indeterminados, como boa-fé, dignidade humana, entre outros.

Alexy com base nisso, apresenta três formas de argumentos (Alexy, 2011, p. 233):

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R , com base em W_i

(J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em W_k

²⁴ Conforme Alexy, 2011, p. 231.

(J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R , pois não regem nem W_i nem W_k .

A **interpretação genética** busca observar a formação legislativa, ou origem da norma, para dela, depreender o sentido ou finalidade da norma, ou, noutros termos mais corriqueiros, busca-se a vontade do legislador. Os anais das deliberações legislativas, ou, antes disso, os anteprojetos dos Ministérios do Poder Executivo, ou de quem tem a capacidade de iniciativa da lei, e suas justificativas ou a exposição de motivos da lei, já formada, e concretizada, nas razões de veto parcial são meios de se perquirir a vontade do legislador. É possível, por meio desse instrumental, buscar a gênese normativa e alcançar algum sentido querido, ou não desejado pelo legislador.

Têm-se grande objeção à interpretação genética, originalista, porquanto não se pode concluir com relativo grau de certeza a vontade do legislador. Não há um ser subjetivo legislando, mas sim uma coletividade institucional, que tem capacidade de iniciativa, capacidade deliberativa, poder de emenda, e poder de veto, de derrubar veto presidencial, não se podendo imputar determinado sentido como querido pela coletividade institucional. Não obstante, seu valor reside em permite ao menos verificar o que na época desejou-se para as presentes e futuras gerações. Alexy apresenta duas formas de interpretação genética, a primeira, em que I^R_w é querido pelo legislador, e a segunda, em que o legislador desejou ou perseguiu os fins Z_1, Z_2, \dots, Z_n , na combinação K ($[Z_1, Z_2, \dots, Z_n]K$), formas as quais determinam a validade da norma R .

Tem-se a seguinte estrutura (Alexy, 2011, p. 234):

(J.4.1).(1) R' ($=I^R_w$) é querido pelo legislador

.(2) R'

(J.4.2).(1) Com R o legislador pretende alcançar Z

.(2) $\neg R'$ ($=I^R_w$) $\rightarrow \neg Z$

.(3) R'

A forma em (J.4.2) é um argumento teleológico. Não obstante, o fim almejado para a validade de R tem como pressuposto um aspecto subjetivo, qual seja, a vontade do legislador. O autor apresenta um esquema, que exemplifica de forma cristalina o versado (Alexy, 2011, p. 135):

- (S) .(1) OZ
 .(2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
 .(3) OM

Na linguagem ordinária, (S) se pode formular, entre outras, da seguinte forma:

- (1) É obrigatório alcançar o estado de coisas Z
 (2) Se não ocorre M, então não se alcança Z (isto é, M é uma condição para Z).
 (3) É obrigatório que ocorra M.

Tanto na interpretação genética, quanto na interpretação semântica, o que se busca estabelecer é o sentido possível de fatos. Nesse sentido, Alexy (2011, p. 236) atribui às duas formas como “*casos especiais da argumentação empírica.*”

A **interpretação histórica** busca estabelecer formas de interpretação aplicadas em contextos históricos os quais, por sua vez, permitem concluir pelo acerto ou equívoco de determinado sentido dado a norma, através das consequências desejáveis ou não, consoante juízo de valor dos contextos históricos mergulhados na conjuntura sociocultural de hoje. Conforme Alexy (2011, p 237) “*o importante é que o argumento desta forma não pressupõe só conhecimento histórico, sociológico e econômico, mas que, com (3), inclui-se também uma premissa normativa, que deve ser fundamentada.*”

Na **interpretação comparativa** busca-se estabelecer relações, ou estudos de direito comparado, verificando-se os possíveis sentidos atribuídos a conceitos no âmbito doutrinário ou jurisprudencial de outro ordenamento jurídico pátrio. De igual modo, pressupõe não só a premissa empírica, mas também o uso de ao menos uma premissa normativa.

A **interpretação sistemática** busca-se correlacionar o conjunto normativo buscando-se evitar atinomas, observando o uso de regras de validade, de precedência, com aplicação dos conhecidos métodos, lei posterior revoga lei anterior, lei superior derroga lei inferior, lei especial derroga lei geral.

Por fim, a **interpretação teleológica** também é ancorada no aspecto finalístico da norma, não obstante, o fim desejado não é subjetivo, mas sim extraído objetivamente do contexto do ordenamento jurídico vigente. Quanto à forma de se extrair objetivamente o fim desejado, tem-se que: (Alexy, 2011, p. 138)

A resposta da teoria do discurso consiste em afirmar que são aqueles que estabeleceriam quem deve tomar decisões considerando-se o ordenamento jurídico vigente com base em uma argumentação racional. A comunidade de quem deve tomar decisões levando em conta o ordenamento jurídico vigente, baseando-se na argumentação racional, é o sujeito hipotético dos fins propostos nos argumentos teleológicos objetivos. As afirmações finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre fins estabelecidos por este sujeito hipotético. Sua correção deve fundamentar-se por meio da argumentação racional.

Assemelha-se assim, ao fim querido pela comunidade institucional, competente para prolação de desejos, de fins almejados e objetivamente previstos, analisando-se o uso escorreito do precedente, de forma a não engessar futuras gerações, mas respeitar as legítimas expectativas formadas, vendando-se o comportamento contraditório.

Alexy apresenta a forma mais simples de um argumento teleológico (Alexy, 2011, p. 239):

- (J.5) .(1) OZ
 .(2) $\neg R' (= I_w^R) \rightarrow \neg Z$
 .(3) R'

Tal forma guarda semelhança à estrutura argumentativa (S) apresentada preteritamente no contexto da interpretação genética. A despeito da semelhança, as diferenças são notórias e fundamentais. Distingue-se pela objetividade do estado de coisas querido obtido pelo contexto do ordenamento jurídico vigente, lado outro, na interpretação genética, a finalidade perquirida é subjetiva, de difícil mensuração e caracterização.

Comumente tem-se que a aplicabilidade de normas exigem não um fim específico e único, mas sim uma panaceia de fins, os quais se combinam ou se excluem mutuamente. Haverá maior complexidade, também, quando não se puder estabelecer empiricamente o fim objetivo, mas tão somente estabelecer um estado de coisas necessários à validade de R. O uso principiológico, ou fundamentação a partir de princípios, torna-se comum. O uso da ponderação dá-se somente reflexivamente, ou seja, através do caso concreto obtêm-se a prevalência de um fim querido, em detrimento de outro conflitante. Neste processo deve ser verificada a **necessidade**, ou seja, a ausência de contingência na aplicação de determinado princípio, a **utilidade**, que representa o proveito substancialmente, ou ao menos, perceptivelmente, maior que os prejuízos ou debilidades da não aplicação do princípio não prevalente, e a **proporcionalidade em sentido estrito**, a qual, se não apontada como tal, pode

ser espaço para arbitrariedade. Segue-se o conceito de princípios dado por Alexy (2011, p. 240, nota 81):

Por princípios deve-se entender aqui proposições normativas de um alto nível de generalidade como “deve-se respeitar a dignidade humana”, “devem-se tratar igualmente os iguais” e “cada um deve responder pelas deficiências em seu círculos comerciais”. Devido ao seu alto grau de generalidade, estas proposições não são utilizáveis diretamente para fundamentar uma decisão. São necessárias premissas normativas adicionais.

Após a apresentação das formas de interpretação no discurso jurídico, Alexy se debruça no papel dos cânones no discurso jurídico. Muitos autores apresentaram diversas perspectivas das formas de interpretação, chegando alguns a atribuir-lhes *status* lógico de regra. Não obstante, o autor prefere a denominação de esquemas de argumentos, utilizando um conceito Perelmaniano, ou, em suas palavras, “formas de argumentos”.

Afirma que, para que haja racionalidade no uso das formas de argumentos, fundante se faz a saturação de toda estrutura, utilizando-se todas as premissas pertencentes a determinada forma. O discurso prático geral é subsidiário na argumentação. Importante fazer saturar a interpretação histórica, comparativa e teleológica, e só, por fim, na fundamentação da valoração pressuposta nos argumentos, fazer usos de argumentos práticos de tipo geral.

Para isso, apresenta a seguinte regra (Alexy, 2011, p. 243):

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação, impede por isso falas vazias.

Não obstante, não apresenta uma hierarquia entre as diversas formas de interpretação. Cada qual tem sua função, permitindo a “*incorporação da experiência do passado e de outras sociedades*”²⁵ na **interpretação histórica**. Na **interpretação semântica** garante-se o respeito ao uso comum das palavras usadas pela lei, **na genética** busca-se respeitar a vontade do legislador, quando da formação legislativa, **na sistemática**, evita-se contradições e antinomias e, por fim, **na teleológica** “*dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral*”²⁶.

²⁵ Alexy, 2011, p. 242.

²⁶ Ibid.

A teoria discursiva alexyana não apresenta um modo de obtenção, em abstrato, de uma única resposta correta. Por se tratar de uma teoria procedimental, ela estabelece regras discursivas que, se respeitadas, garantem a racionalidade jurídica. Com escopo de manter vinculação ao teor normativo, e de respeitar as estruturas institucionais, Alexy dá prevalência às formas de interpretação semântica e genética. Por isso estabelece a seguinte regra (Alexy, 2011, p 245):

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

Essa regra faz remissão às regras sobre a carga da argumentação, prevista na teoria do discurso prático geral racional, regras (3.2), (3.3) e (3.4).

Em respeito ao princípio da universalidade estabelece outras duas regras de sua teoria da argumentação jurídica (Alexy, 2011, p. 246):

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

O uso das regras de ponderação somente pode dar-se na relação reflexiva, tomando-se como base o caso concreto, por meio da análise da necessidade e utilidade. Nunca se chegará a uma certeza definitiva, pois, consoante preceitos de refutabilidade científica, a ciência é um saber que se sabe precário, e, tendo em vista que o direito tem como referência a ciência jurídica, está sujeito a refutabilidade e a transição em decorrência, precipuamente, da mudança de cultura que estabelece a racionalidade do discurso prático geral.

1.3.1.2.2 A argumentação dogmática

A necessidade de uso de enunciados dogmáticos para a racionalidade da argumentação jurídica é demonstrada, principalmente, por sua função. A correlação entre enunciado prático geral e enunciado dogmático é demonstrado por Alexy. O autor busca

comprovar que a dogmática não se reduz à argumentação prática geral, entretanto, não prescinde dela.

O conceito de dogmática foi dado, por alguns autores, como atividade de *(1) descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos-problemáticos*”.²⁷

Nesse sentido a dogmática tem o papel de análise das normas jurídicas vigentes, observadas dentro de um sistema normativo e conceitual. Para decomposição de tais normas, fundamental se faz a descrição do direito vigente, para, por fim, decomposto, recompô-lo para sua aplicabilidade a casos concretos. Como os argumentos jurídicos estão apoiados na dogmática, preponderante é concebê-la não como atividade, mas sim como enunciados. Para isso, Alexy elabora o seguinte conceito de dogmática (Alexy, 2011, p. 247):

“(…) uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.

Com isso têm-se que a dogmática versa sobre enunciados jurídicos que são produzidos e reproduzidos institucionalmente. Isso garante certa racionalidade discursiva, porquanto a limitação a sujeitos emissores permitem um uso ao menos coerente de sentidos. Busca-se a manutenção semântico-normativa a menos que haja razões para mudanças, que se produzirão institucionalmente.

Há dois tipos de enunciados jurídicos que são estabelecidos dogmaticamente. O primeiro trata-se de enunciados jurídicos genuínos, os quais, em decorrência de sua estabilização temporal, desde o uso dos *digestos* romanos, tem um sentido delimitado de forma mais precisa. Tais enunciados são, por exemplo, o conceito de contrato, de ato administrativo e legítima defesa. Conquanto sejam delimitados, estão jungidos às normas jurídicas que estabelecem uma moldura padrão para tais termos. Havendo mudanças legislativas, conseqüentemente haverá mudança conceitual. Daí a relação que se tem entre tais conceitos e o direito vigente. Isso é como no xadrez, o movimento do cavalo de duas casas para frente e, em seguida, uma para o lado, só é possível em decorrência das regras do jogo. Há outros conceitos que são delimitados pelo exercício intelectual dos aplicadores e

²⁷ Ibid. p. 247.

doutrinadores do direito. São os conceitos jurídicos indeterminados. Para que sejam definidos como dogmáticos deve haver ao menos um consenso entre os juristas de que se trata de conceitos dogmáticos, pois, caso contrário, seriam meros argumentos práticos do tipo geral.

Os conceitos jurídicos indeterminados são, por exemplo, a “boa-fé”, a “proteção da confiança”, a “dignidade humana”. Há, pela sua abstração, a caracterização, por alguns autores, de princípios jurídicos. Nas palavras de Alexy (2011, p. 255):

Uma última classe é formada pelas *formulações de princípios*. Os princípios são enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações por meio de outros princípios. Enquanto enunciados normativos, os princípios podem ser introduzidos na discussão como descrições de estados de coisas em que eles têm vigência.

Em sua apresentação da teoria da dogmática, Alexy segrega nas seguintes partes: o **uso dos enunciados dogmáticos**, a **fundamentação dos enunciados da dogmática** e a sua **função**.

O **uso dos enunciados dogmáticos** pode se dar de forma justificada, que são os enunciados que decorrem precipuamente do direito vigente, juntamente com outros enunciados empíricos. Nesse caso, considera-se como fundamentação dogmática pura. Por outro lado, a fundamentação dogmática impura é aquela que, para seu deslinde, imprescindível se faz o uso de argumentos práticos do tipo geral, recorrendo-se, por exemplo, aos enunciados das ciências econômicas ou da ética.

Entretanto, conquanto se use argumentos práticos do tipo geral, não é possível afirmar que se faz uso de enunciados dogmáticos se eles não se desenvolverem sistematicamente. O sistema jurídico é o paradigma para avaliação e classificação de enunciados dogmáticos ou não.

A avaliação sistemática pode se dar de dois tipos: **comprovação sistemática em sentido estrito** e **comprovação sistemática em sentido amplo**. Na primeira, tem-se que, um enunciado dogmático deve se ajustar perfeitamente aos já consolidados conceitos jurídicos, ou seja, aos conceitos jurídicos genuínos. Na segunda, em decorrência da complexidade da descrição pelo autor, apresenta-se o exemplo dado que permite adequada compreensão (Alexy, 2011, p. 258 e 259):

Tal comprovação pode ter aproximadamente a seguinte forma: trata-se de eleger entre os enunciados dogmáticos S_1 e S_2 . Com S_1 , juntamente com uma série de premissas adicionais de qualquer tipo, já aceitas, pode-se fundamentar o enunciado normativo N_1 e, com a ajuda de S_2 , respectivamente, N_2 . Considerados em si mesmos, tanto N_1 como N_2 são possíveis discursivamente. Os participantes na discussão se inclinam a favor de N_1 . Mas pode-se mostrar que um enunciado dogmático já aceito, S_3 , leva a N_3 , e N_3 é compatível com N_2 , mas não com N_1 . “Não compatível” significa aqui que, segundo a opinião daqueles que discutem, não poderia justificar, como decisão a adotar a partir de razões práticas de tipo geral, num caso N_1 e em outro caso N_3 . Nessa situação, os participantes no discurso, se querem manter S_3 , devem abandonar N_1 e, conseqüentemente, o enunciado dogmático S_1 , ainda que, considerados em si mesmos, o acordo seria logrado por S_1 em vez de N_2 . Isso permite esclarecer de que maneira se aumentaria, por meio dos enunciados dogmáticos, a base das decisões práticas de tipo geral. A solução de um caso pode ser aplicada analogamente para a solução de muitos outros casos.

Em decorrência disso, Alexy aponta duas outras regras (2011, p. 260):

(J. 10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J. 11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

Por fim, o autor apresenta as funções da dogmática, concluindo de forma breve sua teoria da dogmática, que permite a racionalidade do discurso jurídico. As **funções da dogmática** apresentadas são: (1) **de estabilização**, (2) **de progresso**, (3) **de descarga**, (4) **técnica**, (5) **de controle** e (6) **heurística**.

A **função de estabilização** está ligado ao conceito alexyano de dogmática institucional. Considerando que a dogmática se desenvolve num contexto institucional, os enunciados cunhados pela atividade jurídica estabilizam-se, porquanto os emissores tendem a respeitar, num contexto racional, os enunciados anteriormente forjados. Conforme versado por Ronald Dworkin, citado acima, a dogmática se desenvolve institucionalmente, e os juízes não possuem a liberdade dos legisladores, eles tomam suas decisões não com base em política, mas em princípios, os quais quando observados garantem a estabilidade requerida.

Não obstante, a estabilidade não é pretexto para fossilização do direito. Ela tem, também, a **função de progresso**, porquanto, em decorrência de seu delineamento

determinado e preciso, é possível, numa atividade analítica, comprar seus preceitos ao contexto das ideias valorativas da sociedade, e das alterações legislativas ocorridas.²⁸

A relação de estabilização e progresso existe graças à **função de descarga** dos enunciados dogmáticos. Assim que se definem conceitos delimitados o suficiente, com precisão adequada de seus contornos e âmbito de aplicação, confirmados pela comunidade jurídica, ao menos majoritariamente, tem-se que, para afastamento desse conceito de seu âmbito de aplicação, necessário de faz realizar um “*distinguishing*” (distinção), que é carga daquele que propõe novo argumento. Dessa forma, os conceitos dogmáticos tem função de descarga porque desobriga o aplicador do direito realizar novas definições a cada aplicação de conceitos estabelecidos pelo direito.

Para a não aplicação, fundante se faz uma distinção suficientemente forte e precisa, seja dos conceitos fáticos ou jurídicos, ou a ocorrência de “*overruling*” (superação/anulação), ou seja, um giro de jurisprudência.

Entretanto, há um peso na função de descarga, porquanto aumenta-se a complexidade do direito a cada momento em que se exige do intérprete a análise do amplo arsenal jurídico para eleição dos conceitos realmente aplicáveis ao caso concreto. Disso provêm sua quarta função, qual seja, função técnica. Para a realização da racionalidade discursiva, fundante se faz, no âmbito jurídico, a apreensão de “*conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas*”, as quais, por meio da tecnicidade, pode-se apreender seu sentido. Dessa forma, a dogmática tem a **função de controle**, porquanto permite realizar análise de consistência interna das decisões jurídicas, perquirindo se há compatibilidade lógica entre os diversos conceitos jurídicos aplicados, o qual Alexy define como comprovação sistemática em sentido estrito, e, permite também o cotejo da decisão com o sistema social como um todo, realizando-se a comprovação sistemática em sentido amplo.²⁹

²⁸ Não raras vezes, os juízes, sobretudo aqueles que atuam nos órgão de cúpula do judiciário, tomam atitudes contra-factualmente formuladas. Um exemplo paradigmático é a decisão do STF que garante a proteção jurídica a união estável homoafetiva. A sociedade brasileira, a despeito da intensiva propaganda da mídia de massa, mantêm-se contrária a existência de casais gays, bem como, a maioria parlamentar não assume posição definitiva. Um exemplo recente tomado nesse sentido foi o estatuto da família, aprovado na Câmara Legislativa do Distrito Federal e vetado pelo Governador desse ente federativo.

²⁹ Recentemente, na ADI 4650, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que visa a declaração de inconstitucionalidade parcial das Leis nº 9.504/1997 e 9.096/1995, a fim de proibir o financiamento empresarial de campanhas eleitorais, o Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferido em 16/09/2015, foi badalado posicionamento que levantou vozes contrárias na comunidade jurídica, por ausência de compatibilidade entre o discurso prático-geral e o discurso proferido, havendo possível ausência de comprovação sistemática em sentido amplo.

A última função da dogmática é a **heurística**. A decidibilidade de conflitos só é possível no contexto, com ampla fundamentação, permitindo a participação de todos interessados. No jogo democrático, a ação reflexiva entre a teoria e a prática, o jogo de perguntas e respostas, permite racionalidade discursiva e é uma das funções da dogmática.

Dessa forma, Alexy conclui que o uso dos argumentos dogmáticos não somente é compatível com a teoria do discurso prático racional geral, como também permite e determina maior grau de racionalidade na aplicabilidade do direito. Por isso, elabora a seguinte regra (Alexy, 2011, p. 267):

(J. 12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

1.3.1.2.3 O uso dos precedentes.

Tanto em países de tradição *common law* quanto em países do sistema romano-germânica, ou *civil law*, o uso dos precedentes tem seu fundamento no princípio da igualdade formal, de modo a tratar os iguais igualmente. Decorre, portanto, do sentido de universalidade de Hare, que busca atribuir os mesmos predicados aos sujeitos iguais nas circunstâncias relevantes. No discurso jurídico, há, com vista à aplicabilidade dos precedentes, a doutrina da “*ratio decidendi*” e do “*obiter dictum*”, que busca definir parâmetros para o uso racional dos precedentes.

Cada sistema define o grau de vinculação aos precedentes. Em alguns países, e o Brasil é um deles, os precedentes servem, basicamente, para a orientação, ou indicação, da interpretação adequada de determinada norma jurídica. Não obstante, não se trata somente de uma mera orientação, havendo, em certos casos, como nas decisões tomadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal - STF, que aprovam enunciados de súmulas, vinculação tanto a esfera judiciária, como a esfera executiva dos Poderes da União. As decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade vinculam, também, os poderes executivo e judiciário da União. Existe, na verdade, um sistema misto de uso dos precedentes, havendo vinculação de certas decisões jurídicas.

Para que haja racionalidade na aplicação do uso dos precedentes, fundante se faz uma teoria adequada do precedente. Um conceito, que pauta também a teoria

argumentativa do direito, é o formulado por Neil MacCormick, em *Retórica e o Estado de Direito*, (2008, p. 203):

Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso.

Nesse sentido o uso do precedente deve observar se o predicado aplicado foi razão suficiente para a decisão naquele sentido. Ou seja, não basta o exame de necessidade, mas, sim, de suficiência para a aplicação de determinado precedente ao caso concreto. Por outro lado, *obiter dictum* será toda aplicação de predicados que servem como lucubração extraordinária, que não tem finalidade jurídica decisiva. Não serve à resposta ao caso concreto. São divagações, de ocorrência comum na linguagem ordinária, que, por vezes, aparecem na linguagem jurídica.

O uso do precedente, quando há precisa definição do que seja a *ratio decidendi*, torna-se obrigatório, sob pena de fragilização da segurança jurídica. Conforme Alexy, (Alexy, 2011, p. 269):

Isso vale especialmente para a função de estabilização, de progresso e de descarga. Aqui se deve fazer referência ao destacado anteriormente. Com a garantia da estabilidade, o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito.

Por tais razões, Alexy apresenta as seguintes regras (Alexym 2011, p. 270):

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

A superação do precedente deve observar ao menos duas técnicas relevantes, quais sejam, *distinguishing* e *overruling*.

A primeira refere-se à análise da *ratio decidendi* para perquirir quais são as circunstâncias relevantes para que haja exame de necessidade para aplicação de igual

predicado aplicado anteriormente a situação sob análise. Assim, faz-se um exercício intelectual de busca de distinções, e se tais distinções comportam racionalidade argumentativa.

A segunda, por outro lado, refere-se à apreensão de circunstâncias relevantes igualmente existentes, mas a apreensão de sentido, em decorrência de giros de valor ético, econômico, ou social, comporta superação do precedente. Para aplicar tal técnica, imprescindível se faz o uso de argumentos práticos do tipo geral.

1.3.1.2.4 O uso de formas de argumentos jurídicos especiais.

Por fim, Alexy aborda o uso dos argumentos jurídicos especiais. Trata-se, na verdade, do uso da inferência lógica aplicada ao discurso jurídico. O próprio autor apresenta a problemática do uso de tal nomenclatura, entretanto, afirma que isso se dá devido ao fato de que, no âmbito da ciência do direito, houve especial desenvolvimento de tais formas de argumentos. São elas a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

Ao versar sobre o *argumentum a contrario*, Alexy apresenta a seguinte estrutura ou forma (Alexy, 2011, p. 272):

$$\begin{aligned} \text{(J.15).(1) (x) (OGx} \rightarrow \text{Fx)} \\ \text{(2) (x) (\neg Fx} \rightarrow \neg \text{OGx) (1)} \end{aligned}$$

A forma apresenta um exame de necessidade. Para que ocorra a obrigatoriedade de Gx, têm-se como necessário a ocorrência de Fx. Se não Fx, então, não OGx.

Apresenta, também, a analogia como regra de inferência lógica na seguinte estrutura:

Considerando que “F sim x” significa “x é semelhante a F” tem-se a seguinte forma (Alexy, 2011, p. 273):

$$\text{(J. 16).(1) (x) (Fx} \vee \text{F sim x} \rightarrow \text{OGx)}$$

.(2) (x) (Hx \rightarrow F sim x)

.(3) (x) (Hx \rightarrow OGx).

A inferência analógica exige do emissor o cuidado quando da fundamentação das premissas. Por pressupor o juízo de valor, para análise da semelhança, são admissíveis todas as formas de argumentação para a fundamentação dessa semelhança.

Na apresentação da regra de inferência de redução ao absurdo, apresenta a seguinte estrutura (Alexy, 2011, p. 275):

(J.17) .(1) O \neg Z

.(2) R' \rightarrow Z

.(3) \neg R'.

Nesse sentido, é obrigatório evitar-e o estado de coisas Z, por ser proibido normativamente, ou por ter consequências indesejáveis ou é *a priori*, dentre todas as outras alternativas possíveis, objetável. Trata-se de argumento baseado na estrutura consequencialista, o que, por sua vez, exige a utilização de premissas empíricas.

Toda forma de argumentos jurídicos especiais depende do uso do discurso prático geral. Para sua racionalidade, deve-se esgotar as formas de argumentos jurídicos especiais, ou seja, exige-se saturação dessas formas. Por isso, o autor conclui as regras e formas apresentadas pela seguinte regra (Alexy, 2011, p. 276):

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.

1.4 TRANSIÇÃO

Após a apresentação das regras e formas discursivas cunhadas por Alexy, imperativo se faz uma intervalo para tomada de fôlego. A finalidade de apresentação delas verifica-se no desiderato desta monografia, qual seja, análise da presença ou ausência de racionalidade discursiva na aplicação do princípio da capacidade contributiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do judiciário brasileiro.

A teoria de Robert Alexy, quanto à racionalidade jurídica é procedimental, e tem como parâmetro de mensuração, o respeito ao procedimento. A segurança jurídica não é a antevisão do resultado, mas o respeito ao procedimento, ao princípio da universalidade, à carga da argumentação, ao uso dos cânones, e à teoria adequada do precedente.

Entretanto a teoria Alexyana mostra-se insuficiente para se concluir pela completa racionalidade que se espera de uma decisão. O próprio autor dá conta disso ao prever a necessidade do uso dos argumentos práticos do tipo geral. Nas comunicações intersistêmicas, os subsistemas jurídicos, como seu código lícito e ilícito, comunicam-se com outros subsistemas, como, por exemplo, o subsistema econômico, ou o subsistema sociológico. Trata-se da interdisciplinaridade necessária para a tomada de decisões. Nenhum jurisdicionado estaria plenamente satisfeito de se ter decisões racionais somente no aspecto discursivo. Toda decisão deve ser, também, racional no meio em que regula.

O Direito regula diversas searas da vida, como a vida familiar, a vida econômica, a vida profissional, a relação entre Estado e cidadãos. Por isso, quando houver conflitos nessas áreas, o jurisdicionado espera que haja não somente uma reverência ao direito, mas também às lógicas sistêmicas desses subsistemas. Se fosse, por exemplo, no âmbito do direito penal, espera-se que um respeito ao sentimento sociológico de repressão a lesão de bens jurídicos penalmente relevantes, mas também, um respeito na aplicação dessa repressão, tratando o homem como um fim, merecedor da dignidade.

Quando tratamos do princípio da capacidade contributiva, está-se diante de aspectos de equidade, de justiça econômica, de poder de compra, de maximização de riqueza. São aspectos presentes na literatura econômica. Então, pela insuficiência da teoria de Alexy, que garante tão somente a racionalidade discursiva, é fundamental compreender as teorias da tributação existentes, que serão ferramentas para apurar a racionalidade econômica³⁰ das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para passar à análise propriamente dita das decisões do Supremo Tribunal Federal, fundante se faz perquirir sobre os conceitos de tributação, e os influxos da economia, como ciência de regulação que, como subsistema social, influencia o direito por meio dos argumentos práticos do tipo geral. Passemos à análise.

³⁰ Por racionalidade econômica entende-se, nesta obra, a tentativa de equalização entre a interferência do Estado, na busca da promoção da equidade, e a necessidade de afastamento do Estado, para que a economia possa atingir o máximo da eficiência, que pode ser mensurada por meio de critérios tais como o de Kaldor-Hicks.

CAPÍTULO 2

2. ECONOMIA E TRIBUTAÇÃO

2.1 TEORIAS DA TRIBUTAÇÃO

A tributação é um fenômeno que incide de forma cogente em todas as relações econômicas das pessoas, físicas ou jurídicas. O Estado necessita da alocação de recursos para realizar as atividades estatais demandadas pelos governados. A relação entre tributação e dispêndios públicos exige uma visão idiossincrática, considerando os aspectos políticos, jurídicos e econômicos. Tem como imperativo o dever estatal de observância das necessidades dos indivíduos, decorrência do cerne da obrigação do Estado em garantir a dignidade humana a todos os cidadãos. Torna-se imperiosa a necessidade de adequação da formação de recursos públicos com escopo de suprir essa garantia. A relação entre justiça, equidade e eficiência tributária exige uma compreensão das teorias da tributação, como pressuposto para a análise das decisões jurisdicionais.

O Judiciário tem papel relevante na formação do planejamento da atividade empresarial. Se, por um lado, a rigidez tributária, com a tipicidade fechada, a interpretação objetiva do fato gerador e a estrita legalidade, por exemplo, possam parecer uma amarra à atividade econômica, que exige uma flexibilidade diante da dinâmica do comércio, tem-se que, noutro vértice, as mudanças normativas, os câmbios de interpretação e a imprevisibilidade da incidência de tributos apresentam-se como gargalos às legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Paulo Caliendo, em sua obra “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”, apresenta uma visão geral das diversas escolas que compõe o movimento “Análise Econômica do Direito - AED”.

A Análise Econômica do Direito cunhou-se como alternativa à abordagem filosófico-moral e política do “utilitarismo”, que dominou o pensamento Norte-Americano até a década de 1960. Apresentou-se também como rejeição à autonomia do direito perante a realidade social. Nos Estados Unidos, Christopher Columbus Langdell (1826-1906) elaborou o *método do caso* em que consistiu na construção indutiva de regras e conceitos jurídicos por meio da imensidão de casos já decididos, cunhando uma doutrina por meio do raciocínio

lógico e da argumentação analógica. A Análise Econômica do Direito - AED aportou-se como pensamento que rejeitou a autonomia do direito perante a realidade econômico-social. Ancorada na interdisciplinaridade entre o direito, a economia, a filosofia e a política, a AED criticou a aplicação do direito com uso precedentes, sem referência ao contexto sócio econômico.

Conforme Caliendo (2009, p. 15), *“de modo geral, são postulados da análise econômica do Direito:*

- a) *o individualismo metodológico, ou seja, os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais;*
- b) *escolha racional, ou seja, as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais (benefits over cost);*
- c) *preferências estáveis, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências;*
- d) *equilibrium, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado ao equilíbrio.*

É de longa data o estudo da tributação na economia. Desde a constituição da vida humana em sociedade, a formação do Estado e o financiamento das atividades estatais exigem a alocação de recursos como financiamento para suas condutas econômicas. Não obstante isso, a organização institucional que requer financiamento de suas despesas precisa alocar recursos com o menor custo social possível. Nessa relação dialética entre alocação de recursos e dispêndios estatais encontra-se o binômio que urge ser equalizado, qual seja: **equidade e eficiência.**

O estudo da AED pode mostrar-se fundamental para ponderação sobre diversas questões que emergem na equalização desse binômio. Trata-se de argumentos práticos do tipo geral que dão completude para análise de decisões que influenciam no campo econômico. Paulo Caliendo (2009, p. 12) apresenta as seguintes perguntas legítimas:

Em que medida as normas tributárias influenciam o comportamento dos agentes econômicos? Quais os reflexos de normas econômicas sobre a decisão dos agentes econômicos a respeito de investimentos e gastos? De que modo as normas econômicas podem auxiliar a distribuição e a produção de riquezas? É uma tarefa legítima que um sistema tributário eficiente tente

auxiliar na busca por um mercado orientado social e ambientalmente objetivando a justiça social?

As diversas teorias da tributação visam abordar esses aspectos, cada qual com seu marco teórico e ideológico definido. Abordar-se as seguintes escolas de pensamento e teorias: 1) **Teorema de Coase: a tributação como custo de transação**; 2) **Public Choice: a tributação como escolha pública**, 2.1) **Knut Wicksell: a justa tributação** (*a Just taxation*); 2.2) **Amilcare Puviani: a ilusão fiscal no Estado monopolístico** (*Teoria della illusione finanziaria*); 2.3) **James Buchanan: a tributação constitucionalmente legítima**; 3) **Escola Austríaca: a tributação como “roubo”**, 3.1) **Ludwig Von Mises**, 3.2) **Friedrich A. Hayek**; 4) **Richard Posner: a tributação e a maximização da riqueza**; 5) **A Nova Economia Institucional** (*New Institucional Economics*): **tributação como instituição**.³¹

2.1.1 Teorema de Coase: a tributação como custo de transação

Ronald Coase em sua obra “A Natureza da Firma” (*The Nature of the Firm*) revoluciona o entendimento da teoria econômica neoclássica, no que tange ao aspecto da racionalidade dos agentes econômicos. O autor afirma que, diante da complexidade das relações econômicas, das incertezas e de inseguranças, a firma tem como fundamento a minimização de custos, sendo definida, desse modo, como “*custo de utilização dos mecanismos de mercado* (The Nature of the Firm as simply ‘the cost of using the price mechanism’)”³².

Coase questiona a percepção de que os custos de transação baseiam-se exclusivamente nos custos de negociar em mercado. Sua incompletude reside no fato de não considerar os custos de celebração de um contrato e de administração da firma, que nada mais são que custos de utilização do mercado. A teoria microeconômica neoclássica baseava-se somente nos custos de produção e transporte.

³¹ As Escolas apresentadas compõem o fenômeno de pensamento da Análise Econômica do Direito. Os autores, como se verá, não possuem unidade de perspectivas cognitivo-epistemológicas e ideológicas, ao contrário, muitas vezes estas se contradizem. Não obstante, considerando a referência apresentada por CALIENDO, abordar-se-ão neste capítulo as diversas escolas, com escopo de fornecer elementos perfunctórios para posterior análise das decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, aliadas aos pressupostos da Teoria da Argumentação Jurídica. Para uma visão mais profunda, consultar: Silveira, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica* / Paulo CALIENDO. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

³² CALIENDO, 2009. p. 18.

Entretanto o autor apresenta o seguinte questionamento: se o apanágio do mercado é a alocação de recursos, por que esse mecanismo não é utilizado na produção interna da firma? Dito de outro modo, por que no interior da firma utilizam-se padrões baseados na hierarquia em vez de haver transações na linha de produção, bem como na relação entre empregador e empregado? A resposta é que tudo depende dos custos para a realização de transações. Para a estabilização de expectativas e minimização de custos, a estrutura da empresa ora se baseará na estrutura hierárquica, ora se ancorará nos mecanismos mercadológicos de formação de preços.

Ademais, Coase tem como pressuposto metodológico a precariedade de informações dos agentes econômicos para a concretização de acordos e negócios comerciais. Segundo Coase, os custos relevantes de transação são: 1) **custos de informação e procura**, 2) **custos de decisão e barganha** e 3) **custos de controle e execução**.

Nessa perspectiva, a tributação pode ser compreendida tanto como um custo de transação em sentido estrito, como em sentido lato. Para compreensão do sentido estrito do custo de transação, toma-se o seguinte exemplo: se o preço da mercadoria é \$ 1000,00 e o tributo incidente sobre a circulação de mercadoria é \$ 100, considerando a alíquota de 10% sobre a base de cálculo do preço da mercadoria, o custo de transação decorrente da tributação para a realização do negócio é de \$ 100.

Por outro lado, considerando o custo de transação em sentido lato, poder-se-á considerar a complexidade da tributação e o universo de opções que os agentes econômicos têm diante da legislação tributária. Exemplificativamente, a tributação sobre a importação e sobre circulação de mercadoria advinda do exterior, e as opções de negócio como compra e venda ou arrendamento mercantil, definem de modo peremptório os custos de transação como forma de planejamento tributário.

Conforme Caliendo (2009, p. 23):

A tributação deve ser tratada como sendo um custo de transação (custo de utilização dos mecanismos de mercado) nas seguintes situações: i) insegurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal; iv) incentivos fiscais e v) elevadas penalidades em matéria tributária. Desse modo, um agente de mercado pensará duas ou mais vezes antes de estabelecer uma empresa formal se os custos de transação forem superiores à atuação mediante uma empresa informal.

2.1.2 Public Choice: a tributação como escolha pública

A Escola das Escolhas Públicas (*Public Choices School*) tem como ponto fulcral de reflexão da realidade social os diversos modos de formação do consenso. Compreendem a economia não como sistema hermético onde a mão invisível do mercado tudo regula de forma autônoma à vontade dos agentes econômicos, como um sistema cibernético, mas sim como um espaço onde a atuação do indivíduo tem relevância para a formação das escolhas públicas, consubstanciado no individualismo metodológico.

A noção de eficiência é tomada de forma diversa do modelo de Pareto, onde se considera eficiente quando se alcança a ótima alocação de recursos, aspecto objetivo da eficiência. Em Wicksell (1851 – 1926), economista sueco que contribuiu para a formação do pensamento da escola das escolhas públicas, a eficiência é considerada na sua dimensão subjetiva, porquanto não se pode ter uma visão reducionista da eficiência como a tecnicidade de alocação de recursos, desconsiderando a atuação individual dos agentes econômicos nos processos de troca voluntária.

A Constituição tem relevante papel na regulação da atuação dos indivíduos, tendo em vista a formação do consenso e a inclusão razoável do dissenso. A obra de James Buchanan, “O Cálculo do Consenso”, toma em consideração uma economia política constitucional. Conforme Caliendo (2009, p. 26) “*A Constituição é entendida como um contrato que visa assegurar ganhos mútuos decorrentes da cooperação social e evitar estratégias oportunistas e egoísticas que geram desequilíbrio e perdas gerais em longo prazo.*”

Em Estados Democráticos, o jogo político envolve a formação de opiniões que constituem a agenda política, onde a Constituição é o limite fundamental para não haver a sobreposição da vontade de poucos sobre a maioria, travestida do interesse público. A palavra interesse público é uma veste cabível em qualquer fundo teleológico, seja para o bem, seja para o mal, a depender da argumentação persuasiva que contém. Para se evitar o uso inadequado e indevido do interesse público, a Constituição tem como marco limitativo as garantias e direitos individuais e a repartição de competências.

Os autores da escolha pública têm pacificado o entendimento de que a unanimidade é o objetivo a ser buscado na formação do consenso. Votações majoritárias

podem estar corrompidas por grupos privados que deturparam a compreensão da maioria, quanto ao interesse comum.

Além disso, há o problema do carona (*rent-seeking*) onde grupos oportunistas não atuam em determinada ação para um fim certo pelo certo, mas esperam que a ação alcance o objetivo pretendido, pois se beneficiarão dele. Obtêm-se uma externalidade positiva da conduta de terceiros para a qual não se pagou. Para exemplificar, toma-se determinado grupo que buscam elidir-se do pagamento de determinada contribuição de melhoria, a despeito de se beneficiarem da obra pública realizada com recurso de terceiros.

O papel fundamental de uma constituição, na visão da Escola das Escolhas Públicas, é estabelecer um parâmetro justo delimitando competências e estabelecendo garantias e direitos fundamentais para a formação do consenso. Os autores preferem ações que não privilegiem interesses de grupos privados. Isto é chamado de véu de incerteza, que visa estabelecer a competitividade na formação de um contrato social eficiente, considerando-se eficiência em seu aspecto subjetivo. Nas palavras de Caliendo (2009, p. 27 e 28)

Uma noção fundamental em teorias contratuais é a de justiça (*fairness*). Como regras fundamentais podemos encontrar também a *generalidade* e a *durabilidade* das normas. O véu de incerteza funciona moderando as diferenças entre interesses particulares identificáveis, facilitando o acordo do consenso constitucional. Outro fator no qual a ideia de justiça (*fairness*) está presente é a noção de *estabilidade*. *Nesse caso, demonstra-se que a preservação de uma ação cooperativa de logo prazo produz ganhos para os seus participantes. Há assim uma demonstração do valor intrínseco da preservação da constituição.*

2.1.3 Knut Wicksell: a justa tributação (a Just taxation)

Por meio da concepção Wickselliana sobre a tributação pode-se fazer um hodierno paralelo na íntima relação entre o direito tributário e o direito financeiro. Wicksell entende que tributação justa é aquela em que os agentes econômicos podem auferir seus resultados por meio da alocação dos recursos públicos de forma eficiente, ou seja, tributação justa é aquela em que há retorno ao contribuinte, por meio de obras e serviços públicos que beneficiem a classe econômica tributada.

Desse modo o autor compreende que o contribuinte, ao ser tributado, adquirir serviços públicos, o que se aproxima de uma tributação por meio de taxas, distanciando-se, de forma relativa, da tributação compulsória.³³

Nesse sentido, as instituições políticas tem papel relevante na formação do Estado, porquanto, por meio delas é que as ações estatais serão realizadas, executando o orçamento. Não obstante, a tributação deve deixar transparente qual a finalidade para que se tributa.³⁴ Se determinado tributo é instituído para finalidade certa, o Estado tem como dever o levantamento das pessoas que serão beneficiadas, direta e indiretamente da atividade finalística e estas serão compelidas a pagar os impostos devidos. Esse é o sentido do *princípio da utilidade*.

Wicksell defendeu a tributação progressiva da renda, porquanto, quanto maior é a atividade econômica rentável, maior uso se faz do aparato estatal, devendo, dessa forma, contribuir com maior carga tributária. Esse entendimento aproxima-se da compreensão do princípio da capacidade contributiva (*ability to pay*).

Entretanto, a teoria de Wicksell não serve de parâmetro para análise da justa tributação, no Brasil. Aqui, tem-se a clássica distinção entre tributos fiscais, que tem como finalidade precípua a arrecadação de recursos ao fisco, e tributos extrafiscais, cuja finalidade principal é a regulação de condutas dos agentes econômicos, independentemente dos efeitos colaterais arrecadatários. Conquanto no senso comum haja essa compreensão da justiça da tributação conforme a eficiência dos serviços públicos prestados, a norma constitucional busca verificar a justiça da tributação por meio do tratamento equitativo da atividade fiscalista. Mas de certa forma, tal teoria tangencia este último sentido de justiça, porquanto quanto maior uso se faz dos instrumentos e aparatos estatais, maior deve ser a contraprestação tributária. E o uso dos instrumentos e instituições estatais estão, de forma indireta, ligada a manifestação de riqueza.

³³ O Código Tributário Nacional define tributo, no art. 3º, como toda prestação pecuniária compulsória. A despeito de Taxa ser tributo compulsório cuja hipótese de incidência seja o exercício regular do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos e divisíveis, ela aproxima-se a uma relação sinalagmática onde há contraprestações recíprocas. Não se adentrará, neste momento, a distinção entre taxas e tarifas ou preços públicos, porquanto este não é o escopo do versado no presente momento. Não obstante, ressalva-se que o emprego no texto dos termos “tributação compulsória” e “aquisição de serviços” quer dar ênfase ao sentido, respectivamente, ao objetivo de coercitivamente, arrecadar tributos de forma não afetada e a contraprestação, ou destinação, decorrente dos tributos taxados.

³⁴ No Brasil, o princípio do Direito Financeiro da não afetação das receitas de impostos, está diametralmente oposto ao entendimento de Knut Wicksell, porquanto os impostos pagos, por exemplo, sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA não são destinados à melhoria da pavimentação das rodovias, ou sinalização de trânsito, ao contrário, sua receita é destinada a financiar as mais diversas atividades estatais, como as despesas de custeio de pessoal, por exemplo.

2.1.4 Amilcare Puviani: a ilusão fiscal no Estado monopolístico (Teoria della illusione finanziaria)

Amilcare Puviani faz parte da mais tradicional tradição fiscalista italiana. Sua teoria baseia-se no entendimento de que o Estado realiza a ação monopolística, onde determinado grupo de pessoas possui poder sobre os governados. Aproxima-se da teoria marxista da luta de classes, não obstante esta se relaciona, sobretudo, à estrutura econômica, e aquela trata da concepção política

As decisões sobre os dispêndios do Estado e a alocação de recursos públicos são tomadas monopolisticamente pela classe estatal e a tributação é o modo encontrado pelo Estado para financiar os gastos públicos. Para minimizar a resistência dos contribuintes ao pagamento de tributos, o Estado tem que fazer parecer, um sofisma, que os investimentos públicos são muito mais relevantes do que realmente são.

Como forma de ilusão fiscal, o Estado oculta os preços dos tributos pagos. Como exemplo, a tributação sobre o consumo. O preço do tributo é repassado ao consumidor final, que é contribuinte de fato, entretanto, devido à complexidade da tributação, este pensa ter pagado somente o valor da mercadoria, visto que o produtor ou comerciante é quem recolherá o tributo sobre o consumo. Outro modo de ilusão fiscal é a incidência do imposto sobre a renda retido na fonte, que é justificado ao contribuinte como forma de facilitar o pagamento do tributo, mas na verdade, pode ser entendido como antecipação de receitas para os cofres públicos. Esse último exemplo demonstra a ilusão fiscal ocorrente na forma de suavização do valor do tributo em períodos do ano, de forma a não se perceber o montante total pago.

2.1.5 James Buchanan: a tributação constitucionalmente legítima

James Buchanan apresenta-se relativamente cético quanto ao papel do Estado no financiamento do interesse público, considerando, sobretudo que, na formação do consenso, interesses privados travestidos de interesses públicos podem sobrepujar a vontade estatal. Desse modo, surge o papel relevante da Constituição para evitar a ação de grupos oportunistas. Ressalta Caliendo (2009, p. 34) *“Um ceticismo preventivo deve ser louvado como meio de proteção do bem comum em oposição ao uso do discurso legitimador contra a própria ação social legítima”*.

Conforme Buchanan *apud* Caliendo,³⁵ há uma crescente demanda dos eleitores por distribuição localizada de recursos. Como por exemplo, no caso do Brasil, a alocação de receitas públicas para os programas sociais como Bolsa Família representa a necessidade de Políticas Públicas redistributivas, paradoxalmente há uma resistência à tributação e uma capacidade limitada de arrecadação fiscal e financiamento do Estado.

A relação entre justiça e equidade tem fundamental papel na teoria Buchaniana. O autor informa que, no que se refere às perspectivas da execução do orçamento, os governados tem visões distintas de uma justa aplicação de recursos públicos. Considerando que os eleitores não compreendem de forma completa e adequada sobre orçamento e tributação, estes cedem, quando na formação do consenso político em pleitos eleitorais, a apelos generalistas por menos tributos, redução da carga fiscal, ou por justiça fiscal e igualdade de tributação.

*“A constituição fiscal (fiscal constitution) deve ser entendida, dessa forma, como o conjunto de regras sobre a imposição de tributos (tax-sharing rules); o disciplinamento das despesas (budgetary criteria) e regras para alcançar acordos políticos (rules for reaching political-collective decisions).”*³⁶

Buchanan apresenta a distinção entre a escola neoclássica e a escola institucionalista, para a importância da reabilitação dos princípios tributários. Para a primeira, a ação do Estado sempre será improdutiva, sendo que a tributação deve ser entendida como mal a ser suportado, de modo a interferir com o menor grau possível do regime de preços do mercado. Não há nenhuma relação entre a tributação eficiente a alocação de recursos públicos. Já a escola institucionalista, compreende que, a despeito de poder não haver uma correlação direta e imediata, a tributação eficiente relaciona-se, sim, com a execução do orçamento, que poderá ser considerado em determinado período de tempo e com relação a diversos bens. Por exemplo, na alocação de recursos públicos no Programa Bolsa Família, pode-se verificar se houve eficiente tributação e alocação de recursos públicos se, ao longo de determinado período de tempo relevante, houver diminuição da desigualdade de renda, com imputação mediata na melhoria da condição de vida de todos os brasileiros que suportaram o peso da tributação.

As novas considerações decorrentes do estudo de Buchanan apontam que o orçamento deve emergir da vontade social, com participação de todos aqueles que financiam

³⁵ Caliendo, 2009, p. 36.

³⁶ Caliendo, 2009, p. 37

as atividades estatais, significado da Economia Política Conjuntiva. Já a teoria neoclássica, entende o Estado como um contraposto, como um ente metafísico, o Leviatã, que decide previamente como executará a política orçamentária e fiscal, como uma chuva de granizo que incidirá na cabeça do contribuinte, que terá o dever de pagar a prestação pecuniária compulsória cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.³⁷

2.1.6 Escola austríaca: a tributação como “roubo”.

2.1.6.1 Ludwig Von Mises

Mises compreende que a tributação tem como finalidade somente a arrecadação de recursos para financiamento das atividades estatais, ou seja, o tributo tem natureza fiscal, meramente arrecadatória. Se tratarmos a tributação como meio de reforma das condições sociais haverá tredestinação da finalidade para qual o tributo foi instituído. A tributação deve ter o mínimo de efeito secundário possível.

Ele parte da concepção liberal, de que o papel do Estado é garantir os direitos do paradigma do estado liberal, de proteção interna, defesa externa e a mínima interferência na economia. Dava-se prevalência ao conceito de neutralidade fiscal em detrimento do princípio da capacidade contributiva.

2.1.6.2 Friedrich A. Hayek

Hayek recebeu influxos fortes da psicologia, teoria do direito, economia e política, de forma que a sua composição cognoscitiva ancorava no ceticismo da capacidade humana da racionalidade plena. Compreendia que o conhecimento é o saber que se sabe precário. Preferia um saber prático, destoando-se de teorias metafísicas. Entende que as mais bem intencionadas ações estatais podem gerar consequências as mais desastrosas e imprevisíveis.

Entendia o autor, na mesma linha de pensamento de Mises, que a neutralidade fiscal, a adoção de uma política fiscal não discriminatória, permitiria a realização

³⁷ Código Tributário Nacional, art. 3º: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

da livre concorrência e da iniciativa privada exercer seu papel fundamental, que é o desenvolvimento da sociedade por meio da competição. Usar a tributação para a realização de ações de justiça social está-se fadado ao fracasso, diante da impossibilidade de conhecimento da vontade de cada indivíduo que compõe o todo social.

Hayek é cético com relação à vontade da maioria. Para ele, a decisão majoritária tem como único fundamento a não submissão dos governados ao despotismo ou à tirania. Matérias sensíveis como a tributação, se submetidas a escrutínio da maioria, pode criar a falsa sensação de que os outros devem suportar as decisões momentaneamente majoritárias as quais podem resultar em sentimentos de irresponsabilidades e desperdício, pois os outros devem pagar por isso (“*the other fellow will pay for it*”). Ao tratar de assuntos delicados, deve-se criar assembleias que não estão suscetíveis aos impulsos populares, onde decisões cuidadosas e bem refletidas, tomadas prudentemente, irão incidir na economia real, nos negócios jurídicos dos governados.³⁸

2.1.7 Richard Posner: a tributação e a maximização da riqueza.

Richard Posner é um dos autores mais influentes na literatura jurídica acadêmica mundial. Seu trabalho pode ser considerado uma continuação da teoria do pragmatismo de Benjamim Cardozo e Oliver Holmes. Sua obra “*Economic Analysis of Law*” (1973) é considerada um marco teórico na formação do pensamento da Análise Econômica do Direito.

Posner é um crítico ao método de formação do conhecimento jurídico norte-americano³⁹. Segundo o autor, o pensamento indutivo, onde se verifica a multiplicidade de precedentes com objetivo de encontrar um critério de racionalidade, com o uso da lógica e do pensamento silogístico não dão conta da realidade cultural e econômica da sociedade. Como alternativa ao pensamento dominante, Posner apresentou a análise microeconômica, tais como as leis básicas do mercado e da formação de preços, como forma de interpretação do direito. O pensamento Posneriano apresentou um método racional dedutivo, o qual informa que as decisões jurisdicionais são tomadas com o aspecto teleológico da maximização da riqueza.

³⁸ Não há dúvida sobre a relevância do judiciário na formação de políticas públicas – a tão comentada judicialização da política. Decisões cuidadosas, bem refletidas e que não respondam ao anseio acalorado da mídia é o desafio do juiz na tomada de decisões racionais. Abordar-se-á a frente, sobre a teoria da argumentação jurídica e sua importância para a fundamentação de decisões, precipuamente no controle de constitucionalidade, que terá efeitos irradiantes sobre toda sociedade.

³⁹ Caliendo, 2009, p. 51.

Desse modo, decisões que não produzem a melhor utilização dos recursos finitos, são vistas como indesejáveis.

Posner critica o pensamento baseado no silogismo jurídico, pois considera que as soluções jurídicas devem determinar os incentivos e os desincentivos que cada conduta social deve tomar para a maximização da riqueza, e que o pensamento baseado numa premissa menor dos fatos e uma premissa maior das regras não consegue abarcar de modo adequado a realidade econômico-social. Mas não menospreza o valor do pensamento silogístico para a resolução de casos simples. Considera que as regras reduzem os custos de informação, que é, como visto em Coase, um custo relevante de transação.

O autor critica o corte semântico que as regras fazem num fenômeno dinâmico temporal e culturalmente. Por exemplo, a palavra religião, pode ter uma amplitude cultural que abarca as novas tendências culturais que surge ao longo do tempo e tem relevância direta para a decidibilidade de casos concretos, como a imunidade tributária. Questiona também a limitação heurística que as regras têm.

No Brasil, de tradição civil-law, tem-se que a teoria piramidal de hierarquia Kelseniana pode apresentar graves problemas como a sucessão de normas no tempo, por exemplo, a mudança de parâmetros, com a mutação constitucional decorrente de momentos constitucionais específicos e singulares. O corte semântico das regras no aspecto contínuo e dinâmico do tempo por fazer levantar a seguinte questão, por exemplo: são constitucionais as contribuições do PIS e PASEP com a edição da Constituição Federal de 1988?

E por fim, Posner fundamenta sua teoria afirmando que é falsa a premissa de objetividade das regras, pois todas as regras são frutos de um processo legislativo onde sua formação é carregada de sentido ideológico na construção do sistema de direitos e deveres.

Não obstante isso, para Posner, o único setor governamental em que é desejado um sistema de regras é na legislação federal tributária. Posner critica o pensamento formalista de alguns autores, coadunando com algumas teorias como a primazia da realidade sobre a forma⁴⁰.

⁴⁰ No Brasil, o Código Tributário Nacional, no parágrafo único do art. 116 positiva a teoria da substancia sobre a forma. Conforma a norma: Art. 116. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Posner, entretanto, não compreende que a teoria da substância sobre a forma seja uma carta branca para a atividade administrativa fiscal ou para aplicação da lei de forma imprudente. Fiel a sua posição liberal, posiciona-se sobre o problema da natureza redistributiva ou não da tributação. Posner pontua, consoante a teoria de Epstein, que o papel do Estado na tributação é garantir direitos fundamentais de liberdade e propriedade, permitindo a normal transação comercial entre os agentes econômicos. O direito tem, como dito, função de incentivar ou desincentivar condutas com vista à maximização da riqueza. Segundo o autor, se há maior quantidade de bens a serem protegidos dos riscos da vida em sociedade, conseqüentemente estes bens devem sofrer maior incidência da carga tributária, considerando que o Estado necessitará aportar maior quantidade de recursos para garantir defesa de sua liberdade e de seu patrimônio.

Não obstante, Posner aponta-se como crítico da tributação progressiva, visto que não trará nenhuma maximização da riqueza. *“Na opinião de Posner, contudo, esse entendimento poderia gerar uma barreira intransponível para a criação de um estado de bem-estar social.”*⁴¹

2.1.8 A Nova Economia Institucional (New Institucional Economics): tributação como instituição.

A Nova Economia Institucional – NEI é um contraponto feito ao modelo econômico neoclássico. Os diversos autores que contribuíram para a compreensão da Nova Economia Institucional receberam influxos interdisciplinares para compreensão da realidade social. Os pressupostos teóricos da NEI são 1) as Instituições importam e 2) as Instituições são suscetíveis de análise econômica.

Esse modelo econômico tem como características o uso do individualismo metodológico, o foco na explicação das ações coletivas e uma preferência as explicações evolucionistas, que denota tendência a observação empírica, às explicações mecanicistas, decorrência do método dedutivo.

Uma distinção importante a ser feita está entre ambiente institucional e arranjo institucional. O primeiro refere-se às situações institucionais que orientam o comportamento humano, tais como constituições, leis, códigos e regras morais, por outro

⁴¹ Op. cit., 2009, P. 53.

lado, o segundo é a consequência de acordos dinâmicos dos atores econômicos na realização das atividades sociais, com vistas a reduzir as incertezas, tais como a constituição de sociedades empresárias, i.e., no entendimento de Ronald Coase, a firma.

A Nova Economia Institucional critica o pressuposto teórico da economia neoclássica onde os agentes econômicos estão voltados para a maximização da riqueza e, paradoxalmente, o Estado encontra-se no lado oposto, separado da realidade social, influenciando de modo determinadamente na realidade econômica pela tributação. O modo evolucionista das instituições compreende o papel relevante para o crescimento econômico, que permite aos agentes, ao usufruírem das potencialidades estruturais das instituições, ter informações necessárias para tomada de decisões.

Douglass North⁴², relevante autor da Nova Economia Institucional, ao vislumbrar o problema do carona apresenta a perspectiva de que, a despeito de o comportamento individual visar condutas oportunistas, as instituições sociais e familiares, de modo silencioso, inculca nas pessoas o interesse de continuar agindo diligentemente, de forma benéfica ao comportamento social.

Um autor que contribuiu de modo relevante à NEI é Mancur Olson Jr. que apresenta de modo curioso a formação do Estado. Olson distingue três tipos de governo: **anarquia, tirania e democracia**⁴³. No início, no **governo anárquico**, prevalecia o *bandido errante*, cujo objetivo único e essencial era roubar, pilhar e acumular. O **governo tirânico**, por outro lado, é regido pelo *bandido estacionário* cuja esperteza permitiu aguardar os súditos acumularem para, desse modo, por meio da tributação, alocar recursos dos governados, e, em contrapartida, ofereceria proteção contra os bandidos errantes, numa típica relação de suserania e vassalagem. A primeira função do Estado era de proteção externa. A compreensão institucionalista e evolucionista da sociedade tem como pressuposto mudar o sentido da tributação, tornando-a legítima, típica do **governo democrático**.

Casalta Nabais, outro autor de importância fundamental na Nova Economia Institucional⁴⁴, compreendia a tributação como um **dever fundamental**. O conceito de dever fundamental é fortemente criticado na literatura social dos Estados Democráticos, em decorrência do horror sofrido pelos estados totalitários, como Stalinismo, Fascismo e Nazismo.

⁴² Op. cit., 2009, P. 55.

⁴³ Op. cit., 2009, p. 57.

⁴⁴ Op. cit., 2009, p. 58

Não obstante isso, Nabais, com seu esforço teórico intelectual, visou não diluir o conceito de dever fundamental no sentido da soberania, nem tão pouco subordiná-lo ao significado dos Direitos Fundamentais. Trouxe os deveres fundamentais como instituições necessárias e relevantes para a garantia dos direitos fundamentais. Os deveres Fundamentais possuem dupla dimensão, objetiva e subjetiva, sendo esta a submissão de todos os indivíduos aos deveres de garantir a democracia e aquela sendo a imputação de todos ao financiamento dos custos e encargos dos direitos fundamentais. Conforme CALIENDO (2009, p. 59):

A tributação deve ser enxergada, portanto, como uma peça chave na realização geral de eficiência do sistema e como mecanismo de promoção de instituições que promovam o desenvolvimento e não que transfiram recursos para uma classe política ou econômica privilegiada.

O equilíbrio dessa peça chave exige esforço institucional de todos os membros de poderes, executivo, legislativo e judiciário. A busca pela resposta se há da racionalidade das decisões jurisdicionais no aspecto tributário é uma tentativa de medir o grau de maturidade democrática do Brasil, um dever subjetivo fundamental de todos.

2.2 RELAÇÃO ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE.

A compreensão da perspectiva evolutiva da tributação e as diversas teorias da tributação cunhada, precipuamente, no século XX, evidenciam o grande *trade off* da tributação, qual seja, a relação entre eficiência alocativa e equidade da tributação. Tratar sobre tributação é uma atividade complexa que exige do analista uma visão idiossincrática, porquanto a relação comportamental dos agentes econômicos está sujeitas a uma série de ações externas, das quais não se tem controle. Nesse sentido, a complexidade é traçada desde os agentes institucionais que influenciam na análise da tributação até questões relativas ao pacto federativo.

Nessa monografia, o desiderato precípua é analisar a racionalidade do discurso tributário na aplicação do princípio da capacidade contributiva. Há dois parâmetros para esse desiderato, a **racionalidade discursiva**, pois o direito é uma prática social argumentativa e a **racionalidade econômica**, que é a alocação de recursos observando o binômio **equidade e eficiência**. Nesse sentido, um corte vertical se fez necessário, qual seja,

na relação horizontal entre os três poderes, todos, em suas particularidades, influenciadores das ações dos agentes econômicos. Buscou-se analisar a atuação do poder judiciário na tributação. A atuação do poder judiciário é, hodiernamente, fundamental para o planejamento tributário. Considerando a questão estática das normas, os agentes econômicos atuarão conforme a interpretação dada pelo órgão de cúpula do poder judiciário, visando minimizar os efeitos deletérios de uma legislação confusa e esparsa. Sobretudo, quando se vislumbra a judicialização da política, onde o protagonismo do Supremo Tribunal Federal tem influenciado de modo direto não só as ações dos agentes econômicos, como também da produção legislativa brasileira. Assim, a compreensão da racionalidade das decisões tributárias é fundamental.

Considerando a tributação no sentido dado por Ronald Coase, os custos de transação de uma tributação complexa e confusa tem efeitos diretos no custo da atividade econômica. Por outro lado, se não houver do Estado um protagonismo relevante na arrecadação tributária, a atuação estatal está fadada à “falência”, considerando que não proverá, minimante, os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A Constituição Federal tem um papel fundamental para a equalização dessa complexa relação entre equidade e eficiência. O respeito aos ditames constitucionais, ou seja, à constituição fiscal, usando a expressão cunhada por James Buchanan, é fundamental para o planejamento tributário dos agentes econômicos.

Entretanto, a Constituição é um pacto estático, e a dinâmica estatal, dada a complexidade diária, diante dos impropérios econômicos, faz repensar diariamente esse pacto. O “Leviatã” não detém conhecimento adequado e suficiente para equalizar de forma peremptória a equação “**equidade e eficiência**”. Friedrich A. Hayek em seu *paper* “*The use of Knowledge in society*”⁴⁵ aponta que, diante da complexidade da coleta de dados, o Estado não possui todas variáveis adequadas para a tomada de decisões. Não obstante, há tomada de decisões diariamente, seja no âmbito legislativo, seja na seara executiva, seja no campo jurisdicional. Para isso, evitando-se estar diante de um sofisma, como descrito por Almicare Puviani, que tem o Estado como agente perverso da ilusão fiscal, fundamental se faz perquirir a formação de consensos, para verificação da racionalidade jurisdicional.

Tratar sobre equidade na matriz tributária é falar sobre a progressividade na tributação. Imposto progresso é aquele cujo montante pago é proporcional ao poder de pagar

⁴⁵ Disponível em: <http://www.jstor.org>, consultado em 28/09/2015, às 22h e 48min.

do contribuinte, ou seja, aquele que respeita a capacidade de contribuir com o Estado. Nesse sentido, a capacidade contributiva é o princípio que instrumentaliza a progressividade na tributação. Está relacionada intimamente a igualdade material, onde busca traçar as desigualdades de cada contribuinte, e suas respectivas medidas, para, assim, tributar em *quantum* proporcional.

Há sérias críticas a capacidade contributiva, porquanto ela pode ferir a neutralidade econômica esperada para se alcançar o progresso econômico. Por exemplo, se há disponibilidade monetária que pode ser usada para poupança, e verifica-se que, ao poupar, o Estado tributará determinada margem da riqueza auferida pela poupança, o poupador terá menos incentivo para poupar, visto que a taxa marginal de retorno após a tributação será menor. Se os níveis de poupança nacional diminuem, haverá maior dependência de capital externo, e, em situações de crise econômica e conseqüente aumento das variações cambiais de moedas fortes, tem-se lamentáveis declínios na produtividade dependente do capital estrangeiro. Nesse sentido, a tributação que visa somente à efetividade da capacidade contributiva é um desestímulo para poupança. De igual modo, é também desestímulo ao investimento que produza inovação, visto que se houver maior lucratividade, haverá maior carga tributária, decorrente da tributação sobre o lucro líquido pelo IRPJ e CSLL, servindo como pena ao mérito.

Entrementes, têm-se que pensar que a tributação respeitante da capacidade contributiva aumenta a complexidade do sistema tributário, exigindo maiores custos da atividade tributante plenamente vinculada.

A ideia de progressividade surgiu com a industrialização da economia. Há um senso comum, talvez um dever moral, onde se deve respeitar as diferenças. Não obstante, conforme Knut Wicksell, a justa tributação deve ter olhos não só na arrecadação do tributo, mas também na efetivação dos dispêndios. Tal assunto supera a finalidade dessa monografia, mas não deixa de ser um desafio a se pensar.

Uma medida de freio à tributação progressiva está na vedação do efeito confisco do tributo. Positivado no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988, a vedação do efeito confisco proíbe desvirtuar a tributação, atingindo o núcleo essencial da propriedade. Esse núcleo está em sua finalidade, onde a tributação aniquila ou torna inútil a propriedade.

O princípio da vedação ao efeito confiscatório é conceito jurídico indeterminado. A racionalidade pode-se dar discursivamente. Os agentes econômicos esperam da atuação jurisdicional a necessária racionalidade, como garantia da segurança jurídica para atuação planejada da atividade econômica. Mas o que é o núcleo essencial da propriedade? A propriedade só existe pela garantia da sua manutenção pelo Estado. Se não fosse assim, todos poderiam roubar de todos, e não haveria propriedade privada. Além do mais, deve-se garantir o fim social da propriedade, que é manutenção da vida em sociedade, seja como moradia, seja como instrumento de troca, seja como reserva para períodos improdutivos do fim da vida etc. Ser eficiente na tributação, garantindo a existência estatal para possibilitar a propriedade, e equânime, respeitando as diferenças das pessoas em sociedade é um desafio que ainda não se alcançou resposta pelo mundo.

Conquanto seja desafiante, a busca incessante da academia em compreender a prática institucional na tributação é fundante para o alcance do equilíbrio desse binômio. As questões ainda se matem vivas. **Há racionalidade discursiva na aplicação do princípio da capacidade contributiva pelo Supremo Tribunal Federal? Existe racionalidade econômica nessa aplicação?** Passa-se, então, a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal buscando resposta a essas questões.

CAPÍTULO 3

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RACIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO

Passa-se agora ao busílis do desiderato inicial, qual seja, perquirir sobre a racionalidade discursiva nas decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange ao princípio da capacidade contributiva. Conforme versado anteriormente, este princípio guarda necessidade intrínseca de análise quanto à progressividade tributária e ao princípio do não confisco.

O texto constitucional aponta no § 1º do artigo 145, *in verbis*:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Nesse sentido, foi estabelecido pelo constituinte originário a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte, ou simplesmente, capacidade contributiva, que guarda íntima relação com a progressividade do tributo. Um tributo é tão mais progressivo, quando quem pode pagar mais arca com maior ônus. Pode-se parafrasear pelo velho jargão “quem pode mais, deve pagar mais”. Entretanto, há um limite para essa progressividade, que é a vedação ao confisco. Conforme artigo 150, inciso IV, da Carta da República, “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: utilizar tributo com efeito de confisco*”. A capacidade contributiva e o efeito confisco só podem ser percebidos no caso concreto.

Neste capítulo serão analisadas quatro decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal para responder as perquirições apresentadas, com fim de observar se há racionalidade discursiva e econômica na aplicabilidade deste princípio, tanto no que se refere aos parâmetros da ciência do direito, quanto, às expectativas dos agentes econômicos.

Antes, porém, fundante se faz apresentar uma ressalva. Esta monografia utilizou como metodologia de pesquisa o método monográfico. “*Criado por Le Play, (...) o*

método monográfico consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de se obter generalizações.”⁴⁶

Nesse sentido, fez-se um corte jurisprudencial que consistiu em analisar as decisões relevantes que resultaram de pesquisa feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, em 30 de setembro de 2015, às 21 horas, com a palavra-chave (*input*), entre aspas, “**CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**”. Por meio de tal procedimento, retornou como resposta (*output*), 127 acórdãos, dos quais, após filtro foram excluídos os acórdãos meramente repetitivos e sem relevância, bem como aqueles que não apresentaram a palavra-chave no corpo da ementa. Restaram 33 acórdãos, os quais, também contiveram aspectos dispensáveis ao objetivo deste trabalho, como questões meramente processuais, tais como os agravos regimentais e agravos em recurso extraordinários que têm finalidades, antes processuais do que propriamente relativas ao mérito da questão. Diante disso, e para evitar tergiversações sem adentrar ao cerne do problema, sobram para análise quatro decisões, quais sejam: 1) ADI 1643/UNIÃO, 2) RE 627.543/RS, 3) RE 562.045/RS, 4) RE 234.105/SP.

Uma última ressalva. O poder judiciário analisa questões tributárias em todas as suas cortes comuns, federais e estaduais, e em suas cortes extraordinárias, Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ. Não obstante, somente o STF tem competência constitucional de ser o guardião da Constituição, cuja palavra final tem aptidão a se tornar jurisprudência consolidada e replicável. Entretanto, por se tratar de Corte Extraordinária, não é qualquer matéria que alcança análise profunda e exauriente. As provocações perpassam por um filtro processual, que, se respeitado, alcançarão a análise final da Corte Suprema Brasileira. O segundo corte feito sobre os 33 acórdãos do STF observou, precisamente esse aspecto. Abordar todos os acórdãos traria delongas desnecessárias ao objetivo proposto com questões processuais e repetitivas que perpassam tangentemente à questão de fundo.

Parra tanto é o que se tinha para versar. Adentra-se aos julgados, cujas ementas estão em anexo a esta monografia.

⁴⁶ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria; Fundamentos de Metodologia Científica, Ed. Atlas, 2003, p. 108.

3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.643-1 UNIÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.643 foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Essa lei dispôs sobre o regime tributário das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, e fora revogada em 2006 pela Lei Complementar nº 123/2006. Entretanto, pela similitude de conteúdo, é fundamental a análise desse julgado, o qual guarda ainda atualidade e relevância no meio jurídico e econômico.

A insurgência da CNPL referiu-se ao inciso XIII artigo 9º da norma objurgada que assim dispunha:

Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:

(...)

XIII – que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A CNPL alegou que o inciso excludente fere o artigo 150, II da Constituição da República, que veda aos entes da Federação “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*” Alegou que ofende também o princípio da capacidade contributiva em face da distinção não derivada das condições econômicas, mas simplesmente em razão da profissão do contribuinte.

O Congresso Nacional prestou informações, defendendo a norma impugnada salientando que:

O legislador teve por fim o incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte, que são geradoras de emprego para o qual não concorrem de modo substancial as pessoas jurídicas que têm como objeto atividades típicas de profissional liberal, até porque não é indispensável o seu registro como prestadoras de serviços.

A Presidência da República, igualmente prestou informações, alegando que:

“II – o artigo 2º da Lei 9.317/1996 define o que seja microempresa, tendo por base a receita bruta anual; III – pela avaliação das atividades e das potencialidades das pessoas jurídicas enumeradas no dispositivo em questão, o legislador concluiu que, no momento, elas não se ajustam ao preceito constitucional (CF, artigo 179), sendo desnecessário estimulá-las com a concessão de tratamento jurídico diferenciado; IV – as excluídas, ainda que com receita bruta própria das micros e pequenas empresas, apresentam características que distorcem os objetivos pelos quais fora criado o tratamento fiscal favorecido; V - a lei tributária pode discriminar, por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, derivada de finalidade específica e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

Os apelos das informações prestadas pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República referem-se à vontade do legislador histórico. Como apontado na regra (J.7)⁴⁷ os argumentos jurídicos que dão prevalência a interpretação originalista têm precedência sobre os demais. Entretanto, se houver outros argumentos suficientes para afastar a interpretação reverente à vontade do legislador histórico, estes devem prevalecer. A carga da argumentação recai sobre aquele que visa a afastar a prevalência da interpretação semântica ou interpretação genética. O legislador, entretanto, deve obedecer à regra fundamental (1.3)⁴⁸ do discurso prático racional geral, sob pena de ser declarada inconstitucional sua posituação. Até mesmo porque, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu a prevalência do tratamento igualitário em matéria tributária, conforme artigo 150, inciso II.

O Ministro Relator Maurício Corrêa em suas razões de decidir fez menção ao decidido na análise do pedido de liminar requerido na ADI objeto desta análise. Assim dispôs o Ministro Relator:

Com essa visão social e econômica, o art. 9º da Lei nº 9.317/96 relacionou uma série de situações relativas às pessoas jurídicas tidas pelo legislador como incompatíveis com o tratamento fiscal e administrativo preconizado naquele dispositivo constitucional, tidas como: valor da receita bruta anual, qualificação dos seus integrantes, participação societária dos seus integrantes em outras empresas, forma de sociedade, limite de venda de produtos importados, representação de empresa estrangeira, ramo de atividade, etc.

Com efeito, especificamente quanto ao inciso XIII do citado art. 9º, não resta dúvida que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada

⁴⁷ Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

⁴⁸ Todo falante só que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.

não sofrem impacto do domínio de mercado pelas grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional dos seus sócios estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo “Sistema Simples”.

Consequentemente, a exclusão do “Simples”, da abrangência dessas sociedades civis, não caracteriza discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o propósito de compatibilizá-los com o enunciado constitucional.

Não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária – e esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e aos profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também a norma contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo

A respeito da violação do § 1º do artigo 145 da Carta Federal já o afirmara o Min. Moreira Alves que “em se tratando de aplicação extrafiscal de impostos, não está em jogo a capacidade contributiva que só é levada em conta com relação ao impostos pessoais com finalidade fiscal” (RE nº 153.77, DJU de 05.09.97). Ademais, o dispositivo está condicionado à expressão **sempre que possível**, o que afasta a sua aplicação de forma compulsória.

A despeito do acerto do voto do Ministro Relator, tem-se que, no que se refere à interpretação dada ao artigo 145, § 1º da Carta da República, o julgador não observou de forma adequada e suficiente a interpretação semântica do parágrafo em questão. A norma contida do parágrafo primeiro do artigo 145 estabelece que todos os impostos, sempre que possível, serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, e sempre que possível, terão caráter pessoal, e para efetividade desses dois comandos é facultado a Administração Tributária identificar o patrimônio, o rendimento e a atividade econômica do contribuinte. Ora, se é facultado a administração identificar o patrimônio, resta evidente que ele é aplicável aos impostos reais, que tributam a coisa, móvel ou imóvel. Logo, a graduação conforme a capacidade contributiva se aplica, também, aos impostos reais.

O uso da dogmática, conforme apontado por Robert Alexy, tem a finalidade de descrever o direito vigente, analisá-lo de forma sistemática e conceitual para responder a casos jurídicos problemáticos. A dogmática tributária faz distinção entre impostos pessoais e impostos reais. Os primeiros levam como caráter precípua da base impositiva a pessoa do contribuinte, como, por exemplo, a renda. Desse modo, o Imposto de Renda é, regra geral, imposto pessoal, a exceção do imposto de renda no mercado de capitais. Já no que tange aos impostos reais, a principal característica observada pelo legislador é a coisa tributada, como por exemplo, no Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, que leva em consideração a coisa imóvel e os direitos reais sobre bens imóveis para impor a incidência do tributo, tais como valor venal do imóvel. Essa classificação, levando-se em consideração a dogmática vigente, não é fundamental para a elaboração de respostas no que se refere ao problema da graduação dos impostos conforme a capacidade contributiva. Porquanto, sempre será possível graduar os impostos conforme a capacidade contributiva do contribuinte, seja nos impostos reais, seja nos impostos pessoais, visto que sempre haverá um sujeito que contribui, sendo possível aferir seu patrimônio e renda, para graduar o tributo conforme sua disponibilidade econômica.

Mas o objeto dessa ADI não se refere a incidência tributária sobre *res* e a possibilidade de graduação dos impostos conforme a capacidade econômica do contribuinte. Ela refere-se aos sujeitos pagantes, ou seja, tem como referência a igualdade ou desigualdade entre contribuintes, sendo aquele aspecto um *obiter dictum*. A esses sujeitos são aplicados predicados, quais sejam, possibilidade ou não de participarem do sistema simples. A norma do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96 limitou quem poderia participar, referindo-se não somente ao valor da receita bruta anual, mas também, a sua qualidade profissional.

A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições, de modo que se deve articular o maior número de proposições até conclusão da correta interpretação da isonomia tributária ao caso concreto. Nesse sentido, o Ministro Relator argumentou, observando as regras (J.2.2)⁴⁹ e (J.2.5)⁵⁰.

A decisão do Ministro Relator em sede de liminar foi acertada, porquanto observou as regras contidas na regra fundamental do discurso prático racional geral (1.3'), que prediz **que todo falante só pode afirmar os juízos de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações iguais em seus aspectos relevantes**. Os aspectos relevantes

⁴⁹ A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

⁵⁰ Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

foram elencados pelo legislador ordinário, e em referência a essa vontade, foram excluídos, com razão, aqueles que não estão sob as influências de domínio de mercado pelo simples fato de possuírem maiores disponibilidades orçamentárias. Ora, um advogado, a despeito de não possuir grande poder econômico, pode competir com igual capacidade ou, talvez com maior intensidade, a depender de sua capacidade intelectual e poder de solucionar favoravelmente conflitos. Os profissionais liberais não necessitam da intervenção estatal no que tange a tributação para garantir seu sucesso no mercado liberal. A neutralidade econômica deve ser louvada, nesse sentido, porquanto, não há razões que justifiquem ações afirmativas de desigualdade entre os próprios profissionais liberais, pelo simples fato de não faturarem determinado *quantum* anualmente.

Os profissionais liberais não fornecem vultosas vagas ao mercado de trabalho, para o desenvolvimento de suas atividades. Empregam auxiliares e assistentes em número muito menor que o microempresário ou empresário de pequeno porte que atua no ramo varejistas, por exemplo. Segundo lições de Richard Posner, ao julgador compete decidir conforme as consequências que sua decisão pode gerar para a maximização de riqueza. Incentivos fiscais aos profissionais liberais não imputa direta e necessariamente a maximização de riqueza.

O Ministro Carlos Velloso, em voto divergente seguido pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, apontou que há inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, porquanto se a razão do tratamento diferenciado é determinada pelo *quantum*, não cabe ao legislador instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, nos termos do art. 150, II da Constituição Federal.

Entretanto, conforme extensamente versado pelo Relator, os agentes econômicos que exercem profissão liberal não estão na mesma situação, ou situação equivalente. Se a proposição dos Ministros que divergiram observasse a regra (J.2.4) que prediz **ser necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível**, talvez, não haveria razões da divergência. Observando gradualmente a proposição de que os profissionais liberais não estão na mesma situação que os demais micros e pequenos empresários, tem que, a uma, os profissionais liberais possuem grau educacional maior, a duas, já têm em seu benefício a reserva de mercado que limitam a entrada de qualquer agente. Não se trata, portanto, de competição em mercado perfeito, que não possui barreira de entrada e saída, pois a licença do

conselho de classe do ente profissional, por si só, já beneficia os agentes nessa situação, pois limita a concorrência.

As razões de divergência devem estar, conforme regra (J.2.2), que estabelece que a **decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições**. A proposição deve observar outras proposições, que estabeleçam que, por exemplo, a norma universal contida no artigo 150, II, da Constituição da República se subsuma ao fato. A característica fundamental da norma está em saber se a situação equivalente entre os contribuintes existem ou não. Para isso, deve-se apoiar em argumentação prática do tipo geral, sob pena de fazer ilações sem fundamentação, e não ficar caracterizada como tais.

Conclui-se que o julgamento observou, a despeito da divergência, uma racionalidade tanto discursiva, quanto econômica. Não houve jurisprudência que pudesse se fazer remissão, por se trata de caso novo na Corte. Mas o julgamento se ancorou em interpretação razoável do artigo 150, II, da Constituição, e apesar de usar conclusões equivocadas na interpretação do artigo 145, § 1º, não foi desrespeitado o princípio da capacidade contributiva.

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.543 RIO GRANDE DO SUL

O Recurso Extraordinário – RE 627.543 apresenta um julgado paradigma para a análise da capacidade contributiva. Tratou-se de RE interposto por Lona Branca Cobertura e Materiais LTDA contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde se discutia a constitucionalidade do artigo 17, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006.

O recorrente alegou que a referida norma impugnada feria o princípio da capacidade contributiva ao estabelecer barreiras para participação ao simples nacional, excluindo justamente aqueles que estão em situações econômicas difíceis, apresentadas pela inadimplência de tributos. Aduziu, também, que a norma feria o princípio da isonomia, ao tratar contribuintes em situações iguais, quais sejam microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte que são classificados levando-se em consideração somente o faturamento anual, de modo diferente, em razão da inadimplência tributária. Afirmou que *“condicionar a adesão ao regime diferenciado à ausência, perante às fazendas públicas ou*

ao INSS, de débito decorrente de tributo cuja exigibilidade não tenha sido suspensa configuraria, em verdade uma forma de cobrança indireta.” Aduziu “ainda, que a imposição de confissão de dívida, mediante parcelamento de débito, para se aderir ao Supersimples ofenderia os direitos ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa.”

Eis o teor da norma objurgada:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

A decisão do Supremo Tribunal Federal respondeu satisfatoriamente aos anseios da racionalidade discursiva e econômica. O Ministro Relator Dias Toffoli observou as regras discursivas, esgotando o máximo possível da exegese do Texto Constitucional e considerou aspectos econômicos relevantes para decisão, observando possíveis deletérias consequências de um julgado irracional. Houve apenas um voto divergente, do Ministro Marco Aurélio, cujas razões serão expostas a seguir. Passemos à análise dos argumentos.

O Relator apresentou as normas constitucionais que versam sobre do tratamento jurídico diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, quais sejam, Art. 170, IX, Art. 146, Parágrafo Único, II, e Artigo 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Conforme trecho do voto do Relator:

O conjunto desses dispositivos constitucionais traduz, na teoria jurídica, para alguns autores, o chamado princípio do tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte. **Para além de razões jurídicas, esse princípio está fundado em questões econômicas** e sociais ligadas à necessidade de se conferirem condições justas e igualitárias de competição para essas empresas. Segundo dados estatísticos públicos e privados, 97,5% (noventa e sete e meio por cento) das empresas registradas em nosso país são microempresas ou empresas de pequeno porte. Essas

empresas geram 57% dos empregos formais e respondem por 26% da massa salarial total do Brasil.

Percebe-se que a decisão do Ministro Relator seguiu de uma norma universal, que é aplicável, na ordem jurídica brasileira, a todos, advinda do cume do ordenamento jurídico pátrio, Constituição Federal. Entretanto, para tanto, apresentou, também um discurso empírico, trazendo razões de ordem econômica para um tema sensível que causa imputações diretas no sistema econômico.

Conforme as regras (J.2.1)⁵¹ e (J.2.2)⁵², para fundamentar uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal seguida logicamente de outras proposições. A norma universal utilizada foi a previsão de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Essa regra não estabelece limitações ou exclusões, por isso se fez necessário a utilização de argumentos práticos do tipo geral, colhidos pelas estatísticas, e principalmente, argumento do dever implícito de pagar impostos. O direito não pode albergar ilicitudes, então, não poderia permitir inadimplentes, que estão em situação de ilicitude, beneficiarem-se de tratamento diferenciado e favorecido aos sujeitos não contribuem para a manutenção do próprio Estado.

O Relator aponta o seguinte:

Como se vê, o tratamento diferenciado e favorecido se insere no contexto das **políticas públicas** que se prestam para dar concretude aos preceitos constitucionais já enumerados, pois, além de a lei complementar instituir um regime simplificado - denominado, conforme seu art. 12, de **Simple Nacional** -, também traz importantes regramentos diferenciados que as prestigiam e as **discriminam positivamente**, precipuamente no que toca às licitações públicas, às relações de trabalho e ao estímulo ao crédito, à capitalização e à inovação tecnológica, ao associativismo, às regras de inclusão e ao acesso à justiça, dentre outros benefícios.

Nesse sentido, o relator apresentou de forma saturada, as razões pelas quais foram estabelecidas pelo legislador constituinte as diferenciações dos contribuintes sob o regime tributário simplificado do Simple Nacional e os contribuintes sob o regime complexo

⁵¹ Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

⁵² A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

de tributação ordinária. Ele observou a regra (J.6)⁵³ de saturação das formas de argumento, tanto jurídico quanto prático geral. Não é possível falar sobre isonomia sem abordar os aspectos relevantes da igualdade. Como se estabeleceria diferenciações, sem ter conhecimento dos aspectos relevantes? A regra fundamental (1.3) do discurso prático racional geral estabelece que **todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.**

Nesse sentido, restou evidenciado que o caráter principal, o aspecto relevante da diferenças, trata-se da capacidade contributiva, ou, para ser fiel ao texto constitucional, capacidade econômica do contribuinte. Entretanto, a norma complementar, LC 123/2006, estabeleceu distinções entre os contribuintes que se encontram *a priori* em situações idênticas, porquanto guardam o mesmo poder econômico. Para isso, o Ministro Relator argumentou de forma a estar vinculado à vontade do legislador histórico, observando o critério de racionalidade (J.7)⁵⁴, é o teor do trecho do voto, *ipsis litteris*:

No que se refere aos **critérios adotados pelo legislador**, é de se observar que **ele buscou amparo**, preliminarmente, **na receita bruta auferida pela pessoa jurídica para definir o universo daqueles que deviam ser contemplados com a proteção constitucional** (art. 3º, I e II, da LC nº 123/06). Em um segundo momento, **estipulou requisitos e hipóteses de vedações**, norteando-se, fundamentalmente, por aspectos relacionados ao contribuinte e por fatores preponderantemente extrafiscais. As hipóteses de vedações ao ingresso e à permanência no Simples Nacional constam do art. 17 da lei complementar.

Apontou precedentes a favor da existência de restrições à participação ao Simples Nacional, observando, também a norma (J.13)⁵⁵, conforme se verifica:

Cumprе rememorar que não é a primeira vez que uma hipótese de exclusão do regime unificado simplificado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte é objeto de apreciação por esta Corte.

No julgamento da ADI nº 1.643, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 14/3/03, cujo foco era a parte da Lei nº 9.317/96 que obstava a opção pelo regime do Simples Federal às empresas de profissão

⁵³ Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.

⁵⁴ Os argumentos que expressem uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

⁵⁵ Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo.

regulamentada, **o Tribunal concluiu pela constitucionalidade da referida restrição**. Na ocasião firmou-se o entendimento de que não há

“ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado”.

Desse precedente, o que é mais relevante para o caso em comento é que a Corte reconheceu a possibilidade de se estabelecerem exclusões do regime simplificado com base em critérios subjetivos, o que, a toda evidência, faz sucumbir um dos principais argumentos da recorrente, qual seja, o de que o legislador infraconstitucional não poderia criar restrições a uma proteção constitucionalmente prevista, pois não teria o texto constitucional dado margem a hipóteses restritivas de ordem subjetiva.

Desse modo, para que o Ministro se afastasse do precedente, estaria assumindo a carga da fundamentação (J.14)⁵⁶. Mas, mantendo-se fiel ao posicionamento anteriormente estabelecido pela Corte, respeitou as legítimas expectativas dos agentes econômicos.

A **racionalidade discursiva** se mostra, não pela observância explícita a todas as regras e formas de argumentos, mas sim pelo respeito ao procedimento estabelecido por Alexy, não contrariando regras discursivas, que é um modelo teórico que permite aferir o quão próximo ou o quão distante esteve da racionalidade discursiva. Entretanto, não é só a racionalidade discursiva que garante a satisfação das expectativas dos agentes econômicos. Conforme Richard Posner, ao judiciário compete decidir de modo a maximizar a riqueza. E a maximização da riqueza perpassa, também, pela garantia de recursos ao Estado para prover as necessidades hodiernas, não só as prestações positivas, mas também, as regulações limitadoras da irracionalidade econômica. Relembrando a contribuição de Casalta Nabais, da Nova Escola Institucional, há um dever fundamental de pagar impostos, garantindo a importância das instituições para a realização da vida em sociedade. Entretanto, tudo deve estar previamente estabelecido, como uma Constituição legítima, a constituição fiscal delineada por James Buchanan. Observou, assim, a **racionalidade econômica**. O Ministro Relator Dias Toffoli aponta nesse sentido no seguinte trecho:

Numa primeira análise da restrição em questão, já ressalto que **toda e qualquer exigência de regularidade fiscal (*lato sensu*) sempre terá como**

⁵⁶ Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.

efeito indireto a indução ao pagamento, mesmo de forma parcelada, de tributos. Parece-nos que a função arrecadatória, que se apresentava como objetivo primordial no passado, revela-se, nos dias de hoje, apenas uma consequência natural da tributação, que passa a ser efetivamente utilizada para se alcançarem outros objetivos constitucionalmente previstos.

A tributação também é vista como um custo de transação, pela utilização dos mecanismos de mercado, onde o Estado atua, também, induzindo comportamentos. A todas as microempresas e empresas de pequeno porte foram dadas iguais oportunidades, e se espera, também, iguais comportamentos. O Ministro Relator apresenta o cerne de sua decisão ao versar que:

Se a imposição constitucional de tratamento tributário especial e favorecido leva em consideração a capacidade contributiva presumidamente menor do pequeno empreendedor, a mesma presunção não é válida, aprioristicamente, quanto aos inadimplentes, a ponto de se declarar a inconstitucionalidade da vedação contida no inciso V do art. 17 da LC nº 123/06.

Apresentou também a delimitação conceitual do princípio da capacidade contributiva, onde concluiu que a inadimplência não comprova, de fato, distinções de poder econômico, pois pode haver, inadimplentes que possuem poder de contribuir, mas preferem não pagar tributos. O Ministro Relator Dias Toffoli assim conceitua a capacidade contributiva, *in verbis*:

Sendo assim, ao meu sentir, o tratamento tributário a ser conferido não pode importar em desoneração tributária, porquanto todos os contribuintes, não só os microempresários, mas também os pequenos empresários, estão adstritos ao pagamento de tributos. **Da inadimplência não se induz, a priori, a presunção de que o contribuinte tem menor capacidade contributiva, pois essa depende tanto das circunstâncias econômicas do contribuinte quanto das condições subjetivas ou pessoais dele.**

No desiderato de saturação dos argumentos empíricos, observando a regra (J.6)⁵⁷, o relator aponta um argumento *ad absurdum* a ser evitado:

A propósito, é justamente na defesa do princípio da isonomia – ou igualdade - tributária que se busca amparo para a discriminação inculpada no

⁵⁷ Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.

dispositivo impugnado. Partindo-se da premissa de que o regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, **é desarrazoado que se conceba um provimento judicial que, nesse universo de contribuintes, acabe por favorecer aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente.**

O Relator, novamente, firmou seu posicionamento apontando precedente constante de acórdão na ADI nº 173/DF, onde a Corte já se posicionou pela validade do requisito da regularidade fiscal para contratação de micro-empresas e empresas de pequeno porte com a Administração Pública.

O Ministro Relator também apresentou “*distinguishing*” ao observar que as súmulas 70, 323 e 547 não se aplica a situação “*sub examinem*” afastando-se do precedente e assumindo a carga da fundamentação (J.14)⁵⁸. Em suas palavras, conclui:

A orientação das súmulas é clara. A Corte não admite expediente sancionatório indireto para forçar o cumprimento pelo contribuinte da obrigação tributária, seja ele “interdição de estabelecimento”, “apreensão de mercadorias”, “proibição de que o devedor adquira estampilhas”, restrição ao “despacho de mercadorias”, ou impedimento de que “exerça atividades profissionais”, o que não ocorreu no caso dos autos. Concordo com a conclusão do voto condutor do acórdão recorrido: “Há uma grande distância entre fixar limites e critérios e coagir; a Lei Complementar nº 123/2006, em consonância com a Constituição, apenas resguarda os interesses da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, não se constituindo em tábua de salvação para as microempresas e empresas de pequeno porte que não honram suas obrigações tributárias.”

A Constituição é um pacto estático e a dinâmica econômico social exige a tomada de decisões onde o Estado não possui todas as variáveis para escolhas racionais. Desse modo, cumpre ao Poder Estatal observar o pacto estático visando à mínima interferência nas relações econômicas, garantindo-se a neutralidade fiscal, desiderato dos Estados Modernos. A Constituição Legítima estabelece as razões de discriminação positiva em relação às micro-empresas e empresas de pequeno porte, mas cabe ao Poder Público o uso racional de tal distinção. É absurdo alegar infrações tributárias com base na impossibilidade de pagar tributo, transferindo o risco da atividade econômica para o Estado, e ainda, com

⁵⁸ Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.

esteio em argumentos isonômicos, auferir vantagens devidas somente aos legítimos contribuintes. Isso fere *prima facie* os consensos fundados na constituição fiscal legítima.

No voto do Ministro Marco Aurélio, sua divergência apontou o que segue:

Mas, há mais. Ferido de morte, para mim, na contramão da Carta da República, está o princípio isonômico. A pequena empresa sofre essa coação política, visando manter-se em dia com o Fisco, sob pena de ir – não aplicada a Lei Complementar, que contempla benefícios – para o buraco, ter a situação – que o Diploma Maior visa beneficiar, visa melhorar – prejudicada. O mesmo não ocorre com a grande empresa.

O Ministro Marco Aurélio esqueceu-se de exaurir, de saturar toda sua exegese. Esqueceu-se de que o sistema simples nacional, primeiro, é opcional, nos termos do § 1º do art. 4º da LC 123/2006, e segundo que há opções pelo parcelamento, que suspende a exigibilidade do crédito tributário, permitindo a participação no Simples Nacional. Não cabe a ordem jurídica tutelar ilicitudes, e o não pagamento de tributos, certamente um dever fundamental (Casalta Nabais), é uma atitude contrária à ordem jurídica, não merecendo albergue, nem jurídico, nem econômico. O desiderato de maximização da riqueza simplesmente iria para o espaço com essa intromissão estatal. O Estado, nos dizeres de Hayek, não tem todos os dados necessários para a tomada racional de decisões legítimas. Não possui informações se a inadimplência decorre de uma dificuldade ou de uma “malandragem”.

Extraí-se do voto divergente:

Na sentença proferida – tive a oportunidade de ler na bancada, enquanto ouvia os colegas –, a Juíza disse que resistiu o quanto pode à declaração de inconstitucionalidade. Evoluiu no convencimento pretérito, dando a mão à palmatória, como convém a todo juiz que lida com a coisa alheia, e apontou que, no caso, o inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06 alija, do sistema nela revelado, a empresa que atravesse dificuldade. Em vez de ser socorrida, é alvo de exclusão do sistema que visa estimular esse segmento importantíssimo, como reconhecido pelo relator, da economia nacional.

Peço vênia, Presidente, para, no caso, sufragar o entendimento da Juíza Elisângela Simon Caureo, provendo – creio que é provimento, porque o recurso é da Lona, e, a essa altura, realmente deve estar na lona – da Lona

Branca – ainda bem que é branca⁵⁹ – Coberturas e Materiais Ltda. –, declarando a inconstitucionalidade do inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006. Que o débito existente seja acionado na via de executivo fiscal.

Conforme já apontado, o Estado não possui instrumental para aferir se a inadimplência deu-se em razão de dificuldades que perpassa o contribuinte ou se, por razões outras, escusas à ordem jurídica. Ademais, ao apontar *discriminem*, criou também instrumento para racionalizar tal conduta.

A decisão prevalente é racional tanto econômica quanto discursivamente.

Após análise no que se refere aos sujeitos pagantes, será analisado doravante a capacidade contributiva referente à graduação dos impostos.

3.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 562.045 RIO GRANDE DO SUL

Este recurso extraordinário versou sobre insurgência do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão de lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que declarou inconstitucionalidade do art. 18 da Lei Estadual nº 8.821/1989, por ofensa ao § 1º do artigo 145 da Constituição Federal.

A redação da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é a seguinte:

"Art. 18 -No Imposto sobre a Transmissão 'Causa Mortis' a alíquota é definida com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens imóveis, móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, do patrimônio inventariado, estabelecendo-se:

I - isenção, se os valores supra referidos não excedem 2.000 Unidades de Padrão Fiscal;

II - em um por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 2001 e 4000 Unidades de Padrão Fiscal;

III - em dois por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 4001 e 6000 Unidades de Padrão Fiscal;

⁵⁹ Além da irracionalidade discursiva, pela ausência de saturação dos argumentos cabíveis e superação de todos pontos contrários, devido ao ônus que encampou pela escolha de desejar suportar precedentes análogos da Corte (J.14), o Ministro faz ressalva a cor da lona, que em geral são pretas ou laranjadas, para dizer que o bem contém, na cor branca, de forma a apontar possível posição retrógrada da elite branca brasileira, que, em notas minúsculas, merece repulsa deste redator.

- IV - em três por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 6001 e 9000 Unidades de Padrão Fiscal;
- V - em quatro por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 9001 e 12000 Unidades de Padrão Fiscal;
- VI - em cinco por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 12001 e 20000 Unidades de Padrão Fiscal;
- VII - em seis por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 20001 e 30000 Unidades de Padrão Fiscal;
- VIII - em sete por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem entre 30001 e 50000 Unidades de Padrão Fiscal;
- IX - em oito por cento, se os valores referidos no 'caput' deste artigo estiverem acima de 50001 Unidades de Padrão Fiscal".

O debate centralizou-se sobre a correta interpretação a que se deve dar ao dispositivo constitucional previsto no artigo 145, § 1º da Carta da República. Conforme visto, essa norma versa especificamente sobre o princípio da capacidade econômica do contribuinte.

Transcreve-se, novamente, a norma paradigmática,

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Conforme a teoria da argumentação jurídica alexyniana, a regra (J.6) prevê que **deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação**. Dentro das formas de argumentos apresentadas, as que se destacaram foram os **argumentos genéticos**, que levaram em conta a vontade do legislador, **argumentos históricos**, que consideraram questões de justiça social, **argumentos comparativos**, onde se buscou por meio da doutrina, apresentar as alíquotas existentes do imposto sobre herança em outros países, através da doutrina de Ricardo Lobo Torres, e principalmente o **argumento semântico**, realizando a interpretação de expressões existentes na norma, tais como “sempre que possível” e “caráter pessoal”. Passa-se à análise dos votos e suas eventuais fugas da racionalidade discursiva, ou acertos procedimentais, manifestando também acerca da racionalidade econômica material das hipóteses traçadas nos votos dos Ministros nesse debatido Acórdão de 82 páginas que teve três pedidos de vista para melhor análise do tema em debate.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski fez uso de precedente da Corte para fundamentar seu ponto de vista acerca da correta interpretação da norma constitucional e, concluiu, derradeiramente, pela inconstitucionalidade da norma gaúcha. Alexy aponta nas regras mais gerais do uso dos precedentes, conforme regra (J.13) que **quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo**. Entretanto, cada juiz, ao fazer uso dos precedentes, deve estar atento as questões e circunstâncias substanciais sob pena de incorrer em uso desenfreado e irracional do precedente. É importante, precipuamente, observar a existência ou não de “*distinguishing*” e das circunstâncias econômico-sociais para perceber ocorrência de “*overruling*”. Infelizmente, esse não foi o ponto central que norteou a análise do Ministro Relator, que, por razões tais, foi voto vencido no Acórdão do RE 562.045, *sub examine*. O relator, faz menção ao voto do Ministro Moreira Alves, proferido no Acórdão RE 153.771/MG, cujo trecho transcreve-se, pela relevância que teve no voto do Ministro Relator Lewandowski:

“ § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte'.

Creio que, se tivesse parado aqui o dispositivo, haveria margem ao menos para entender que o problema tinha uma solução dogmaticamente equívoca, o que abriria espaço para dar prevalência aos princípios de justiça social e de autonomia municipal que, acredito, melhor seriam atendidos pela admissão da progressividade do IPTU, conforme o valor do imóvel.

Mas, depois de longa reflexão, não me consegui libertar do que resulta da parte final desse mesmo § 1º, onde explicitamente se prescreveu que para conferir efetividade a esses objetivos - isto é, aos de que, sempre que possível, 'os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte', é 'facultado à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e a atividade econômica do contribuinte'. Parece claro daí que a capacidade contributiva a tomar como critério de graduação do imposto é a capacidade econômica efetiva, real e global do contribuinte, o que, lamentavelmente para mim, afasta o meu primeiro impulso, que seria o de admitir, com os professores Roque e Elizabeth Carrazza, a tese de que a propriedade imobiliária de grande valor geraria presunção *juris et de jure* de capacidade contributiva : deveria gerar, de *lege ferenda*, mas a Constituição impede que assim se considere. Não me animo a sobrepor-lhe o meu *wishfull thinking*."

Em olhar menos atento, poderia-se até louvar a manifestação do voto-vista proferido pelo Ministro Moreira Alves, condutor do Acórdão no RE 153.771/MG, que serviu de base ao pensamento proferido pelo Relator do Acórdão *sub examine*. Em visão perfunctória poderia-se dizer, conforme regra (J.7) que **os argumentos que expressam uma**

vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

Entretanto, o perigo maior reside exatamente ao apelo ao teor literal, se este não for feito observando-se estritamente as regras de regência do vernáculo. Observem que o parágrafo primeiro do artigo 145 do diploma constitucional apontou o adjunto adverbial de tempo “sempre que possível”, que, por seu deslocamento ao início frasal, foi precedido de vírgula, por quebra da ordem direta. O adjunto adverbial refere-se aos dois objetivos, quais sejam, caráter pessoal e graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, pois modifica os verbos “terão” e “serão”. Os dois objetivos estão dissociados não é por acaso. Ao legislador é vedado o uso de expressões meramente prolixas, desnecessárias. Se a capacidade econômica fosse possível existir somente em impostos pessoais, seria suficiente o legislador constitucional afirmar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal”. Mas não, ele foi além. Não disse também, que *“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, que são graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”*, transformando a segunda característica numa oração subordinada adjetiva explicativa. Não há explicação, existe distinção entre os dois termos.

É justamente em razão da distinção que o legislador constitucional aduziu que é facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, e não somente aquele ou a este objetivo. São dois objetivos, distintos entre si, que devem ser buscados sempre que possível. Nem todos impostos terão caráter pessoal, mas isso não os impede de ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte. Vislumbra-se assim que um erro de interpretação meramente gramatical produzido num voto afetou o pensamento da corte posteriormente. O argumento semântico é perigoso, justamente por esse fato. Diante disso, toda a discussão do Ministro Ricardo Lewandowski em torno da distinção entre impostos reais e impostos pessoais e a possibilidade de graduação conforme a capacidade econômica do contribuinte àqueles impostos somente quando expressamente previsto no texto constitucional está fundado num erro. Uma aberração interpretativa que, por graças, não se perpetuou na decisão final do RE 562.045/RS.

Para verificação da sequência de equívocos proferidos pelo Relator, que não observou as formas de interpretação semântica (J.3.2)⁶⁰, transcreve-se o seguinte trecho do voto, *in verbis*:

Não obstante o dissenso esboçado pelas citadas decisões monocráticas, diante da posição, até o momento, consolidada do Plenário da Casa acerca do tema de fundo, qual seja, o da impossibilidade de estabelecer-se a progressividade no caso de impostos de natureza real, peço vênia aos que divergem para filiar-me ao entendimento de que a locução "sempre que possível, os impostos serão graduados", estampada no § 1º do art. 145 da Lei Maior, está necessariamente atrelada à expressão "capacidade econômica do contribuinte", que a ela se segue.

Conquanto o relator faça apelos a outros aspectos de interpretação, todo seu entendimento passa a se limitar a uma construção gramaticalmente equivocada que, se não fosse por tal erro gramatical, poderia ter conduzido a resultado diverso. Veja, como houve vinculação e limitação de sentido:

A função essencial da progressividade consiste em dar concreção ao princípio da capacidade contributiva de modo a promover a justiça social em matéria tributária, servindo como importante instrumento de desconcentração da riqueza.

Coerentemente com tal entendimento, o dispositivo constitucional em tela estabelece que a graduação dos impostos somente pode ser levada a efeito se guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo. Tal liame, como é sabido, melhor se evidencia nos tributos de natureza pessoal, ao menos do ponto de vista da proporcionalidade e razoabilidade da exação.

Entretanto, conquanto construa um pensamento baseado nesse sentido, o autor tredestina-se em suas divagações cognitivas. E para isso, inclui, onde não existe, argumentos limitativos sem ancora em argumentos práticos de tipo geral. Alexy aponta, na regra (J.10)⁶¹, que todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral. Isso garante a função de controle que é típico da dogmática. O controle de consistência é comprovado na compatibilidade lógica e compatibilidade prática geral.

⁶⁰ R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em W_k.

⁶¹ Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

Conforme trechos do voto do Ministro Relator:

Nesse passo, vale trazer à baila a já clássica definição da capacidade contributiva que Rubens Gomes de Souza oferece, arrimado no especialista em finanças o italiano Grizioti: "é a soma de riquezas disponível depois de satisfeitas as **necessidades elementares da existência**, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas". 2

Não se está, evidentemente, com o raciocínio até agora expandido, a concluir pela absoluta impossibilidade de avaliar-se a capacidade econômica do contribuinte nos impostos de natureza real. O que se afirma, para o efeito da discussão aqui travada, é a precariedade da conclusão segundo a qual, quanto maior a expressão econômica da base impositiva do imposto, maior será a capacidade contributiva do sujeito passivo.

O voto do Ministro Relator, a despeito de se basear em equívocos da Corte no passado, observou algumas regras discursivas apontadas por Alexy. Fez uso do precedente, tentando harmonizar os preceitos dogmáticos a uma série de casos já decididos. Alexy chama isso compatibilidade prática geral. Considerando, também, os limites de entendimento da corte, houve compatibilidade lógica, pois não se estava a desrespeitar posições do passado, observando-se o princípio da universalidade. O seguinte trecho demonstra de forma inequívoca a compatibilidade aqui apontada:

Entendo, ademais, que cumpre também aplicar, com relação a estes, o mesmo raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis - ITBI e ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, segundo o qual não é possível presumir a capacidade econômica do contribuinte, simplesmente, a partir do valor do bem ou da operação tributada.

O Ministro Relator até reconhece a possibilidade de aferir capacidade do contribuinte. Ora, se se ganha disponibilidade patrimonial em decorrência da morte ou da doação gratuita, há evidentemente, uma manifestação do poder de riqueza que pode ser mensurado e graduado.

Assim conclui o próprio Relator:

Nada se pode afirmar, à evidência, quanto à capacidade econômica daquele que recebe uma herança, um legado ou uma doação, ainda que de grande valor, apenas em razão de tal circunstância. **É possível, até, que haja, em certos casos, um incremento em seu patrimônio, mas não se mostra razoável chegar-se a qualquer conclusão quanto à respectiva condição financeira apenas por presunção.**

O cerne do voto do Ministro Relator estão nos seguintes parágrafos: A resposta é negativa, mas com temperamentos. Isso porque, em se tratando de impostos reais, a progressividade só pode ser instituída quando existir expressa autorização no texto constitucional. E, mesmo nesses casos, ela só é admitida para dar concreção aos efeitos extrafiscais desejados pelo constituinte, desprezando-se a capacidade econômica deste.

É verdade que uma interpretação isolada da primeira parte do § 1º do art. 145 da Constituição permite que se alcance a conclusão segundo a qual, embora dirigido, primordialmente, aos impostos pessoais, o dispositivo não exclui a graduação de impostos reais. Mas, como já assentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no trecho do voto acima transcrito, a sua parte final afasta, peremptoriamente, tal inferência.

Com esse entendimento o Ministro Relator inclusive afasta a atuação do legislador ordinário sob a alegação de que este extrapolou os limites do constituinte originário. Confira o trecho do voto objurgado:

Assente-se, de passagem, que o Senado excedeu a competência que lhe foi conferida pelo constituinte, quando autorizou, por meio da Resolução 9/1992, mais especificamente, em seu art. 2º, o legislador estadual a fixar alíquotas progressivas em função do quinhão efetivamente recebido por cada herdeiro.

Em seu *obiter dictum* o Ministro Relator evidencia que sua interpretação carece de sustentáculo legítimo da democracia, que é a representação popular. Se não há proibição explícita do constituinte, não cabe ao intérprete afastar a vontade do legislador. Verifica-se que há um desacerto quanto à racionalidade discursiva, mas que não é suficiente para macular de todo o voto do relator. Pois o afastamento as regras discursivas foi somente implícito, não nas razões de decidir, mas nos ditos de passagem.

Daí se vislumbra a limitação da Teoria de Alexy para a análise das racionalidade das decisões jurisdicionais. Poderia até concluir pela possibilidade discursiva do voto relator, mas, tal decisão ainda assim, deixaria insatisfeitos os jurisdicionados que anseiam pela equidade tributária. Manteria-se a perversidade de tratar igualmente pessoas em situações distintas. Não há como igualar um herdeiro que recebe um milhão de reais em

herança com outro herdeiro que recebe vinte mil reais de herança. Eles são diferentes, têm poder econômicos distintos, e manifestam a capacidade de riqueza igualmente distintos

A superação do precedente ficou a cargo do Ministro Eros Grau, que assumiu a carga da argumentação, conforme regra (J.14)⁶². E o Ministro em voto divergente foi seguido pelos demais colegas de tribuna, pois observou peremptoriamente a racionalidade discursiva.

O Ministro Eros Grau conduziu seu voto, de início, refutando a interpretação gramatical do Ministro Ricardo Lewandowski. Assim aponta em seu voto divergente:

5. Sucede que todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

6. O que a Constituição diz é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. A Constituição prescreve, afirma um dever ser: os impostos deverão ter caráter pessoal sempre que possível. E, mais, diz que os impostos, todos eles, sempre que possível serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

7. Há duas sentenças aí : (1) terem caráter pessoal e (2) serem graduados, os impostos, segundo a capacidade econômica do contribuinte. Sempre que possível. Assim devem ser os impostos.

8. Permitam-me insistir neste ponto: o § 1º do artigo 145 da Constituição determina como devem ser os impostos, todos eles. Não somente como devem ser alguns deles. Não apenas como devem ser os impostos dotados de caráter pessoal. Isso é nítido. Nítido como a luz solar passando através de um cristal, bem polido.

A interpretação semântica do Ministro Eros Grau está em consonância com o que foi apontado na crítica feita nesta monografia à interpretação semântica do Ministro Ricardo Lewandoski.

O Ministro Eros Grau constrói seu voto baseado não somente numa norma de caráter geral, mas junto a outras proposições, com argumentos práticos do tipo geral. Assim aduz:

10. Essa afirmação não há de causar nenhum espanto em quem dedique alguma atenção ao **conceito econômico de tributo**. Permito-me, a esse respeito, transcrever breve exposição de há mais de trinta anos:

"Entendem-se os tributos, economicamente, no conceito desenvolvido por WERNER GRAU, como uma parcela do produto nacional expressão física ou da renda nacional expressão financeira que se transfere do setor privado para o setor público e **que**

⁶² Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.

posteriormente retornará ao setor privado, sob a forma de bens e serviços.

(omissis)

Anotadas tais ressalvas, a partir de um esquema de divisão da realidade econômica tributável aqui nos referindo exclusivamente aos impostos poderemos armar a seguinte classificação econômica, através da qual concluiremos a existência, nos impostos, das seguintes características :

(omissis)

C - **tributos graduados**: são aqueles cuja quantia a pagar varia conforme uma relação matemática, crescente ou decrescente. Onde se extrapolam os conceitos de **progressividade** e **regressividade** :

D - progressividade direta: a que implica carga tributária maior para rendimentos maiores;

E - progressividades indireta a que implica maior carga tributária para os bens e serviços de consumo das faixas de maior renda;

F - regressividade direta: a que implica menor carga tributária para rendimentos maiores;

G - regressividade indireta: a que implica menor carga tributária para os bens e serviços de consumo das faixas de maior renda".

Eros Grau faz transparecer sua concepção econômica da justa tributação que, conforme Wicksell é aquela em que há retorno ao contribuinte por meio de obras e serviços públicos que beneficiem a classe econômica tributada. Tanto Wicksell quanto Eros Grau são adeptos da tributação progressiva, na qual haverá maior imposição da carga tributária a quem tem maior disponibilidade econômica. Conforme Eros Grau é possível a progressividade indireta, recaindo não sobre maiores disponibilidades de renda, mas sobre bens que representam maior riqueza. Para se proteger uma gama considerável de bens, depende-se maiores gastos públicos. Quem recebe somente uma simples casa no valor venal de quarenta e cinco mil reais de herança exige menos do Estado, no que se refere a estruturas de iluminação, pavimentação asfáltica, saneamento básico, do que aqueles que recebem, por exemplo, cinco casas, três automóveis, títulos de ações ao portador. Resta evidente que a proporcionalidade deve existir, para se respeitar ao anseio do princípio da universalidade.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela presença do princípio da igualdade material da progressividade das alíquotas existentes no ITCMD por meio da legislação da lei gaúcha. A capacidade contributiva é observável pela via da argumentação prática. A Corte Suprema, no acórdão analisado também é racional tanto discursivamente quanto economicamente.

3.4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 234.105-3 SÃO PAULO

O Acórdão prolatado nos autos do Recurso Extraordinário nº 234.105-3 teve como origem irresignação do recorrente quanto a acórdão proferido no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que declarou constitucional o artigo 10 da Lei nº 11.154/199. O artigo objeto da discussão jurídica estabeleceu a progressividade das alíquotas do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis – ITBI do município de São Paulo com base no valor venal do imóvel transferido. Segue transcrição do artigo da Lei municipal:

“Art. 10 – O imposto será calculado:

II – nas demais transmissões, pelas seguintes alíquotas incidentes sobre as classes de valor definidas por número de Valor Fiscal do Município de São Paulo – UFM:

Classe do Valor do Imóvel em UFM	Alíquotas
Até 3.000-----	2%
Acima de 3.000 até 5.000-----	3%
Acima de 5.000 até 6.000-----	4%
Acima de 6.000 em diante-----	6%

§ 1º. O imposto é calculado em cada classe sobre a porção do valor do bem, em Unidades de Valor Fiscal do Município de São Paulo – UFM, compreendidas nos respectivos limites.

§ 2º. O valor do imposto é determinado pela soma das parcelas correspondentes a cada classe.

O Acórdão do Tribunal de São Paulo julgou constitucional o artigo acima transcrito, por observar o previsto no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal. O recorrente, por outro lado, alega ofensa ao princípio da taxatividade e legalidade estrita preconizado no artigo 156 da Carta da República, o qual admite a progressividade tão somente em relação ao IPTU, não a estendendo ao ITBI. Aduz que a Lei Maior enumerou taxativamente os impostos que devem ou podem ser exigidos de forma progressiva.

O Ministro Relator Carlos Velloso fez o seguinte destaque do acórdão recorrido, *ipsis litteris*:

“(…)

2. Compete ao Município instituir o imposto de transmissão **intervivos**, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física (CR, art. 156, II).

Ao instituí-lo, a Municipalidade de São Paulo impôs a progressividade das alíquotas, que variam de 2% a 6%, incidindo sobre classes de valor do imóvel definidos por quantidades de UFM.

E nada a impedia de fazê-lo.

Dispõe o parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição da República que, “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA ensina que tal dispositivo legal “não encera mera diretriz programática, incapaz de produzir efeitos, seja junto ao legislador seja junto ao juiz. Hodiernamente, a doutrina, de um modo geral, está de acordo quanto à natureza obrigatória do vínculo decorrente das normas constitucionais ditas **programáticas** e, destarte, quanto à inconstitucionalidade das leis que as afrontem” (Curso de Direito Constitucional Tributário, editora Revista dos Tribunais, pág. 63).

Vale dizer que os destaques a serem objetivamente sopesados pelo poder tributante na graduação dos impostos se projetam sobre o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais assegurados na Lei Maior em atenção à sua capacidade econômica, de ordem que só se impede que sejam considerados em relação aos impostos ditos indiretos, como ocorre com o ICMS (obra e autor citados, pág. 64).

O valor venal do imóvel constitui elemento objetivo, exteriorizados da capacidade contributiva do adquirente, sujeito passivo. Daí por que a progressividade fiscal, fundada no valor venal do imóvel, atende o mencionado preceito constitucional de natureza programática.

A referida lei municipal adotou o critério da progressão graduada, em que cada alíquota maior é calculada somente sobre a parcela do valor compreendido entre o limite inferior e o limite superior, de sorte a exigir a aplicação de tantas alíquotas quantas sejam as parcelas de valor para, afinal, serem somados todos os valores parciais, obtendo-se o montante do imposto a pagar (cf. KIYOSHI HARADA, em Sistema Tributário do Município de São Paulo, Ed. RT, pág. 150).

E tal progressão se dá em obediência ao princípio da isonomia, que está a exigir que a “lei tanto ao ser editada quanto ao ser aplicada: a) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente; b) discrimine, **na medida das suas possibilidades**, os contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente” (ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, na obra citada, págs. 59/60).

Aliás, está assentado na doutrina e na jurisprudência que o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem.

O Ministro Relator, ao analisar o acórdão objurgado, retoma precedente da corte para fortificar seus argumentos contrários à decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Como já foi apontado acima, uma das regras mais gerais do uso dos precedentes

aduz que **sempre que for possível usar um precedente a favor de um argumento, este deve ser usado**, conforme regra (J.13). Assim dispõe o relator:

No voto que proferi por ocasião do julgamento do RE 153.771 – MG afirmei que o princípio da isonomia implica, no campo tributário, que se busque alcançar a justiça tributária, que se realiza mediante a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Citando diversos doutrinadores da seara tributária, o Ministro Relator conclui que a capacidade contributiva deve incidir sobre todos tributos, entretanto, alguns tributos comportam a incidência por meio da progressividade das alíquotas, outros tributos, como é o caso do ITBI, a capacidade contributiva é alcançada pela proporcionalidade do valor do preço de venda. Transcreve-se sua argumentação:

Tem-se, portanto, a regra: enquanto a transmissão **causa mortis**, ou no imposto sucessorial, realiza-se o princípio da capacidade contributiva mediante alíquotas progressivas, na transmissão **inter vivos** aquele princípio realiza-se proporcionalmente ao preço de venda. Atualmente, a proporcionalidade é a regra, informa Misabel, tanto para um como para outra.

(...)

... Menciona lição de Aires F. Barreto, no sentido de que “*a progressividade dos impostos só cabe nos casos explicitamente previstos na Constituição*” (Cadernos de Direito Tributário, RDT, pág. 87, 1991). Realmente, no “Curso de Direito Tributário”, coordenação de Ives Granda da Silva Martins, 4ª ed., Ed. Cejup, vol. II, pág. 343, Aires Barreto leciona que “*cabe a lei ordinária definir a alíquota ou alíquotas aplicáveis. Ao nosso ver, também o ITBI não comporta a progressividade das alíquotas, à míngua de autorização constitucional*”.

O Ministro Relator não observou a racionalidade discursiva a despeito de seu esforço intelectual. Não há, na Constituição Federal, proibição de progressividade das alíquotas ao ITBI. Se não é vedado pelo constituinte, e essa progressividade é instrumento de realização do princípio da capacidade contributiva, a progressão de alíquotas deve ser aplicada pelo legislador. Não haveria lesão ao princípio da legalidade tributária por duas simples razões: 1) o artigo 145, § 1º prevê a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte, e o próprio Ministro Relator reconheceu isso, e 2) se a previsão de progressividade for dada por meio de lei do ente competente para instituir o tributo, haverá a

prévia e necessária previsão legal de exação, respeitando a legalidade que norteia a atividade tributante.

Entretanto, o Ministro Relator não aplicou a desejável progressividade das alíquotas ao argumento de que a capacidade contributiva é observada pela proporcionalidade do tributo ao preço de venda. Mas cabe uma pausa para uma pergunta óbvia: Mas todo tributo já não é proporcional a alguma base de cálculo? O *quantum debeatur* não é calculado pela incidência de uma alíquota a uma base de cálculo? Não é resultado de uma operação matemática que sempre representará uma proporção? Se isso fosse suficiente para garantir a observância da capacidade contributiva então a progressividade das alíquotas são inúteis? Ou é um *bis in idem*?

Alexy ao apresentar as regras (J.6)⁶³, (J.7)⁶⁴, (J.8)⁶⁵ e (J.9)⁶⁶, aponta que deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação, sendo que os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos. A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação. Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones de interpretação.

O Ministro Relator Carlos Velloso não saturou a interpretação semântica e suas diversas possibilidades, conforme fizemos na análise do RE 562.045/RS. A ilação gramatical foi inadequada, ademais, ele afastou a literalidade do artigo 145, § 1º sem motivos racionais que pudessem dar prioridade aos argumentos utilizados. Não apresentou a cadeia lógica sucessiva de sua interpretação. A simples aplicação das regras de ponderação seria suficiente para demonstrar que seus argumentos não possuem a força necessária para afastar a progressividade das alíquotas.

As etapas das regras de ponderação, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são fundamentais para compreendermos a irracionalidade da argumentação do Ministro Carlos Velloso. É adequado aplicar alíquotas

⁶³ Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.

⁶⁴ Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

⁶⁵ A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

⁶⁶ Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

progressivas para efetivar o princípio da capacidade contributiva? A resposta eloquente é que sim, pois, se forem aplicadas alíquotas proporcionais à proporção do crescimento da base oponible, ter-se-á tributos que alcançam manifestação de riqueza de forma gradual a intensidade da manifestação. É necessário aplicar alíquotas progressivas para efetivar o princípio da capacidade contributiva? A resposta já se mostra em um nível de complexidade maior. Pode-se questionar: A proporção do *quantum debeatur* à base de cálculo já não seria suficiente? A resposta, após certa reflexão, é que não. Dez por cento de dez mil reais representa, para quem compra, um valor consideravelmente alto, na margem, se comparado a quem paga 10% de dez milhões de reais. O poder de contribuir, a disponibilidade de riqueza, de quem tem dez mil reais para comprar uma “casebre” é bem distinto do de quem tem dez milhões de reais para comprar uma mansão. E por fim, percebe-se que a proporcionalidade em sentido estrito resta evidente, quando se analisa a necessidade de alíquotas progressivas.

Não foram considerados pelo Ministro Relator todos os argumentos necessários, saturando sua forma de interpretação do artigo 145, § 1º da Constituição da República. Conforme Wicksell, a proporcionalidade do tributo deve ser conforme a utilização de serviços públicos pelos contribuintes. Considere o serviço de segurança pública, quem tem maior necessidade de proteção policial, uma casebre que, para o infrator da lei penal, não oferecerá vantajosos rendimentos ao empreendimento criminoso, ou uma mansão, que pode retornar ao agente do crime, vantajosos lucros. Não se está a falar, aqui, que a casa pobre não necessita de proteção, mas sim, de que a casa milionária está mais sujeitas às ofensivas criminosas.⁶⁷

Ademais, pensando na maximização de riquezas, conforme Richard Posner aponta, a tributação menos onerosa às transmissões de bens imóveis de pequeno valor fomentará, de forma indireta, construção e transferência de bens a baixa população, incentivando a indústria da construção civil, e ao mercado de trabalho formal.

Os outros Ministros votaram no sentido da impossibilidade de atribuir a capacidade contributiva aos impostos de natureza real, como o é o ITBI. Acompanharam o relator no mérito, mas foram, sobretudo, mais irracionais por não reconhecerem inclusive a possibilidade de graduação do tributo conforme a capacidade econômica do contribuinte em

⁶⁷ É de clareza cristalina que segurança pública deve ser planejada não só pensando nos crimes contra o patrimônio. É notório e evidente que em regiões onde o Estado é omissor, ou tem grau de ausência maior, como por exemplo nas favelas e nas periferias, a criminalidade é maior. Não é objeto desse trabalho debruçar sobre tal aspecto, e o exemplo dado é uma anedota, para se pensar a tributação e não segurança pública.

impostos de natureza real, com base numa classificação que não é fundamental para a resposta ao problema apresentado.

Resta, portanto, o voto do Ministro Relator irracional tanto discursivamente, por não observar as regras de fundamentação, quanto economicamente.

CONCLUSÃO

Ao se analisar a prática do direito, têm-se grandes desafios, sobretudo ao perquirir qual o parâmetro de racionalidade deve ser aplicado. Hodiernamente, cada autor atribui uma instrumentalidade julgada por si mais adequada para orientação das decisões e provimentos jurisdicionais. Superada a doutrina da escola positivista do direito, que previa a subsunção mecânica dos fatos ao direito legislado, as escolas pós-positivistas apontam, cada uma, para uma direção. Tem-se desde as escolas de estudos críticos, que ensinam o extremismo da impossibilidade de se ter decisões racionais, em ceticismo absoluto, às escolas do movimento da Análise Econômica do Direito.

Há ainda aqueles que põem em dúvida a cientificidade do direito, pela impossibilidade de realização de juízos apofânticos. Entretanto, conforme apontado neste trabalho, o direito é uma ciência social argumentativa, cuja prática pode ser analisada por meio da Teoria da Argumentação Jurídica. Há diversos autores que já escreveram sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, e entre eles, foi eleito Robert Alexy que criou a Teoria do Discurso Jurídico Racional como um caso especial do Discurso Prático Geral. As normas de sua teoria foram fundamentais para apontar a racionalidade ou irracionalidade das decisões jurídicas.

O direito, como versado por Alexy, não é uma ciência ontológica, mas deontológica, que segue operadores lógicos próprios do *dever-ser*. E por ser prática social argumentativa, a decidibilidade de conflitos com a menor perturbação social possível deve observar parâmetros discursivos. As regras do discurso não podem ser simplesmente postas arbitrariamente, mas devem ser construídas, de modo a ser aceitáveis por uma comunidade, ou um auditório universal.

Por ser um discurso limitado pela lei, pela dogmática e pelo precedente, o direito deve ter parâmetros delimitados para o uso de tais limites, sob pena de serem usados apenas como trunfos para argumentação meramente retórica, que preza ao convencimento de um auditório limitado e não ao da comunidade universal, ou de destinatários abstratos. E, em razão disso, faz-se necessário o uso de argumentos práticos do tipo geral. Não é possível usar o direito como instrumental isolado das outras ciências sociais. É fundamental, para suprir as expectativas dos jurisdicionados, o uso de ciências afins, garantindo a comunicação inter-sistêmica dos subsistemas sociais. A interdisciplinaridade entre direito e ciências afins não só é recomendável, como, em determinados casos, exigível.

Entretanto, a relação entre cada ciência social deve ter afinidade com o objeto de estudo. Não é possível tratar de direito tributário falando, essencialmente sobre a lei, dogmática, precedente e sociologia, por exemplo, esquecendo-se da imputação direta que tal ramo o direito tem na economia. Por isso, como meio de complementação ao estudo da racionalidade do direito, buscou-se estudar, também, as teorias da tributação com visão da macroeconômica.

Tendo o versado como pressuposto, buscou-se solucionar a problemática deste trabalho. A dúvida central dessa pesquisa é: “Há racionalidade na aplicação do princípio da capacidade contributiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal?”

Em razão dessa perquirição, foram analisadas quatro decisões do Supremo Tribunal Federal, duas tratando sobre os sujeitos pagantes e duas tratando sobre os objetos tributados.

Os dois primeiros casos trataram sobre os sujeitos paradigmáticos da graduação dos impostos conforme a capacidade contributiva, quais sejam, os microempresários e os empresários de pequeno porte. Tais sujeitos são economicamente distintos dos demais sujeitos empresários contribuintes, tendo em consideração precipuamente a existência de mercados imperfeitos, a informalidade dos agentes econômicos, o poder de domínio dos agentes em mercado relevante. Em razão de tais distinções, o Supremo Tribunal Federal, observando as regras de uma decisão discursivamente racional, fez distinção entre microempresários e empresários de pequeno porte, que são classificados em razão do faturamento anual, e os profissionais liberais que faturam anualmente em mesmo montante. Não há como comparar agentes econômicos capacitados profissionalmente, com reserva de mercado, com outros sujeitos que se lançam ao empreendedorismo, de forma incipiente e, muitas das vezes, sem conhecimento percuciente da complexa tributação nacional. Em razão disso, foi acertada a decisão da Corte Suprema que garante a tributação diferenciadas dos micro e pequenos empresários, sem incluir aqueles que se privam do dever fundamental de pagar impostos e os profissionais liberais. Tem-se como racional, por observarem não só os procedimentos estabelecidos por Roberto Alexy, mas também, por observarem os aspectos econômicos da teoria da tributação.

As duas últimas jurisprudências trataram sobre a tributação incidente sobre tributos classificados como de natureza real, por terem em consideração, precipuamente, a coisa tributada. Percebeu-se que a jurisprudência do STF, no final do século passado, não

tinha preocupação em fundamentar suas decisões observando um procedimento argumentativo racional, mesmo que intuitivamente. Em razão disso, o tributo incidente sobre a transmissão de bens imóveis pelo município de São Paulo, que a princípio teve suas alíquotas graduadas conforme a capacidade contributiva dos sujeitos pagantes e declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi julgado inconstitucional, justamente por aplicar a constituição. Um paradoxo que fora superado, graças ao voto divergente do Ministro Eros Grau no RE 562.045/RS que compreendeu a necessária adequação da ciência jurídica tributária à realidade econômica da tributação, decidindo como constitucional a progressividade das alíquotas do ITCMD conforme aferível for a capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Conclui-se que o STF já proferiu decisões irracionais, no que tange a teoria discursiva e teoria econômica, mas, atualmente, tem buscado efetivar a justiça tributária, seguindo parâmetros racionais. Todo julgador tende a seguir intuitivamente as regras alexyanas, entretanto, a divulgação de sua teoria e a reverência procedimental possibilita maior racionalidade no ofício de julgar. Apesar disso, sempre haverá necessidade de se usar argumentos práticos do tipo geral. Nesse sentido, teorias existentes na seara do Movimento Análise Econômica do Direito permitem a complementação para servir de parâmetro à aferição da racionalidade dos provimentos jurisdicionais em matéria tributária. Medição esta essencial para mensurar o nível de maturidade democrática dos Estados Constitucionais Modernos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica; 3ª Edição; Rio de Janeiro; Editora Forense; 2011.

CALIENDO, Paulo; Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica; Rio de Janeiro; Editora Elsevier; 2009.

CASTRO, Marcos Faro de; Direito, Tributação e Economia: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica, Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ano I, número II, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

DWORKIN, Ronald; O império do direito; 2ª edição, 2ª tiragem; São Paulo; Editora Martins Fontes; 2010.

KELSEN, Hans; Teoria Pura do Direito, 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo; Editora Martins Fontes; 2011.

MACCORMICK, Neil; Retórica e o Estado de Direito; Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria; Fundamentos de Metodologia Científica, Ed. Atlas,

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang e MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo; Direito Tributário; Editora Saraiva, 2ª Edição, 2012.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, consultado em 30 de setembro de 2015, às 21 horas, com a palavra-chave “CAPACIDADE CONTRIBUTIVA”.