VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ELISAIDE TREVISAM

ARTUR CORTEZ BONIFACIO

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria da justiça , da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores:Artur Cortez Bonifacio; Elisaide Trevisam; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-503-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Igualdade. 3. Princípios
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A reflexão e discussão do Grupo de Trabalho de Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica I, que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, com o tema central de "Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial, atualização e perspectivas", apresentou uma grande contribuição para a área jurídica no que se refere ao diálogo entre pesquisadores nacionais e estrangeiros, qualificando, de maneira atenciosa e especial, a busca por uma sociedade mais cidadã e democrática.

As pesquisas se desdobraram desde as questões contemporâneas das teorias da justiça e sua aplicação, aos mais diversos temas que tratam da efetivação dos direitos individuais, políticos e sociais, basilares para uma sociedade democrática. Recordando o pensamento de Martha Nussbaum e, partindo da teoria do utilitarismo, foi feita uma análise da política de direitos básicos e de mínimo social, sob perspectiva do teoria da justiça rawlsiana e da importância da pessoa humana. Afirmando-se que as vantagens sociais devem tornar possível as vantagens mútuas, necessárias e insubstituíveis, foi tratado sobre o papel insubstituível das "fronteiras da justiça" que devem ter em conta a justiça básica. Assim, propondo a integração dos deficientes (e dos próprios animais) vem alvitrar um contrato social baseado nessa justiça básica que proteja todas as situações de vulnerabilidade na sociedade contemporânea, nomeadamente incluindo a protecção das minorias sociais, a promoção de uma verdadeira igualdade de gênero e a melhoria da condição social dos mais desfavorecidos. Desse modo, procurou-se estabelecer a justificação metafísica do Direito, mediante a adesão a uma formulação teorética de uma teoria da justiça edificada no consentimento de indivíduos livres e iguais numa situação hipotética de ignorância, pelo que reconhece o carácter incontornável da obra de John Rawls, afirmando que todas as pessoas têm direito a um mínimo de recursos que lhes permitam exercer os seus direitos básicos.

No que diz respeito à concretização de uma justiça social, fez-se uma reflexão em torno da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade baseada em pesquisas no site do Supremo Tribunal Federal para análise jurisprudencial dos efeitos das decisões daquele tribunal no que concerne às declarações de inconstitucionalidade. Questionando se os projetos de lei recebem a influência desta jurisprudência, foi identificada as alternativas, as consequências para o futuro e apontada a valoração de tais consequências, constituindo este

último momento a dimensão normativa de tais efeitos sobre o futuro. De acordo com a pesquisa apresentada, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal não fundamenta claramente nem justifica os critérios de valoração utilizada nas suas decisões, acusando a sua falta de racionalidade e transparência. Centrando-se nas formas de controle da convencionalidade, versus controle da constitucionalidade, foi discutida a ideia de um Acordo Internacional referente à Convenção de Viena, diante de um percurso pela posição hierárquica que tais convenções internacionais representam na ordem jurídica brasileira, além dos mecanismos que a República dispõe sobre os meios de controle da sua constitucionalidade e formas de recepção na ordem jurídica interna.

Por fim, tratou-se sobre os limites da função jurisdicional no contexto do Estado democrático de direito e a súmula vinculante n.º 13, por meio de um exercício reflexivo entre o ativismo judicial e a autocontenção, detectando-se as zonas cinzentas de lacunas e antinomias que se manifestam com especial incidência na utilização da margem de discricionariedade judicial nas decisões vinculantes, no Estado brasileiro. Salientando o diferente grau de discricionariedade do legislador e dos juízes foi exposta a teoria da discricionariedade e da confiança, ambas decorrentes do princípio da legalidade.

As contribuições no presente trabalho apresentadas, diante do atual contexto de crise social e política pelo qual a sociedade interna e internacional está passando, serve para dar embasamento aos questionamentos necessários para os pesquisadores e pesquisadoras da esfera jurídica que buscam, de modo efetivo, respostas para as problemáticas a serem enfrentadas na atualidade do Direito.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima de Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Prof. Dr. Artur Cortez Bonifacio (UFRN)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

JUDICIAL CONSEQUENTIALISM AND THE PROSPECTIVE EFFECT OF CONSTITUTIONAL RULLINGS ON TAXATION MATTERS

Fernando Angelo Ribeiro Leal [1]
Daniela Gueiros Dias

Resumo

O presente trabalho analisa o uso de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário. No estudo, analisa-se o apelo a consequências na solução de casos concretos e se identificam potenciais problemas relativos à adoção deste tipo de argumento pelos ministros no STF.

Palavras-chave: Consequencialismo, Argumentação jurídica, Racionalidade, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

The present work analyses the appeal to consequences in the rulings of the Brazilian Supreme Court when it establishes a prospective effect in cases related to taxation matters. In this paper, we explore empirically the use of consequentialist reasoning in the solution of concrete cases and identify potential problems related to the adoption of this kind of arguments by the Justices of the Brazilian Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consequentialilsm, Legal reasoning, Rationality, Brazilian supreme court

[1] Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O uso de argumentos consequencialistas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se tornado cada vez mais frequente[1] em um cenário de "expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes"[2].

A título meramente exemplificativo, no RE 134.509, no qual se discutiu a incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores em relação a embarcações e aeronaves, o Plenário do STF declarou que estes não configuram fato gerador do tributo. A questão para a análise dos ministros poderia ser colocada como um problema jurídico tradicional relacionado à abrangência ou não da regra constitucional, que trata de "veículos automotores", ao caso concreto[3]. No entanto, considerações consequencialistas parecem ter exercido um peso decisivo sobre a decisão final, de forma que a solução do caso não se restringiu à questão da mera incidência normativa. É o que se depreende do voto do Ministro Francisco Rezek:

> O que se espera do doutrinador, quando escreve sobre direito tributário, não é que nos diga aquilo que pensa sobre o significado das palavras. (...)
>
> Penso no que seriam as consequências de se abonar a constitucionalidade dessa exação. Penso em como se deveriam alterar normas relacionadas com registros e cadastros. Penso no IPVA, que o constituinte manda ser arrecadado por Estados e repartido depois com o município onde está licenciado cada veículo. Penso em como se afetarão navios e aviões aos municípios...
>
> Se isso devesse ser feito, para dar alguma valia operacional à pretensão tributária de alguns Estados, imagino as consequências. (...)[4]

Como se constata, o ministro Francisco Rezek acreditava que a determinação da hipótese de incidência do IPVA exclusivamente com base na conceituação de "veículos automotores" poderia levar a entendimentos absurdos, já que, em última análise, "[d]os animais mais lentos, (...), aos mais velozes; dos mais robustos, (...), aos mais frágeis, todos nós incluiríamos no conceito de veículo automotor se ele devesse ser compreendido semanticamente".

---

[1] Segundo Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama, "(...) o Poder Judiciário de muitos países, incluindo-se o Brasil, está envolvido até o pescoço com a formulação de políticas públicas. E assim – quer gostem, quer não gostem, quer o façam aberta ou veladamente – seus integrantes estão iressistivelmente impingidos a pensar seriamente sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, relações essas que não podem ser obtidas somente com a filosofia, a lógica, a filologia ou a gramática. Como se vê, trata-se de um Poder Judiciário, ousamos dizer, ávido por estudos que articulem a interpretação do texto da lei com suas prováveis repercussões práticas". Cf. PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 262, jan-abr, 2013. p. 127. V. também PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 01-10 e 235-269.

[2] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, nº 08, p. 441-464, jul-dez 2008.

[3] Na hipótese, o caso poderia ser considerado a expressão de um problema de textura aberta da linguagem. V. a respeito HART, H.L.A. **The concept of law**. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, p. 126, 1994.

[4] STF, Tribunal Pleno, RE 134509, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 29/05/2002, DJ 13/09/2002.

Daí a necessidade de que, segundo o ministro, a constitucionalidade da exação fosse analisada a partir das consequências que a decisão poderia gerar no mundo real. A dificuldade de criação de registros nos Estados e Municípios com a finalidade de afetar aeronaves e embarcações às suas jurisdições, bem como o conflito que surgiria entre entes federados "desejosos, de algum modo, de aumentar sua receita mediante a aplicação de tarifas reduzidas e outras coisas mais" seriam, aos olhos do ministro Francisco Rezek, consequências negativas que, como tais, deveriam ser evitadas. Assim, a solução mais adequada ao problema seria rechaçar a incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves.

A linha argumentativa do ministro Rezek permite perceber que os argumentos consequencialistas desempenharam um papel central em sua tomada de decisão, inclusive maior do que própria interpretação semântica da regra de incidência tributária. O problema parece residir no fato de que, apesar de intuitivas, as consequências elencadas pelo ministro não são sustentadas por nenhum dado empírico que permita aferir a probabilidade de elas de fato se materializarem. Generalizada, essa prática pode deixar os processos de tomada de decisão dependentes excessivamente das especulações dos juízes sobre os efeitos de suas possíveis decisões.

Assim, se é verdade que em alguns julgamentos na seara tributária, tal como no exemplo acima, os ministros não apenas pensam nos efeitos, mas de fato usam argumentos consequencialistas para justificar as suas decisões, então faz sentido perquirir se é "possível controlar normativamente o futuro em sua conexão com o passado e o presente"[5] num cenário de incerteza e imprevisibilidade, no qual as capacidades epistêmicas dos ministros para se engajar nesse tipo de argumento não são óbvias.

Essas incertezas levantam uma série de questões a respeito da ampla utilização de argumentos consequencialistas em processos de tomada de decisão jurídica, pois a impossibilidade de prever o futuro poderia vincular aos juízos prospectivos típicos da argumentação consequencialista altas margens de discricionariedade judicial.

Isso porque, de um lado, não é desejável que os ministros justifiquem suas decisões com base exclusivamente nas consequências que elas podem gerar, haja vista a necessidade de que as razões apresentadas encontrem suporte no direito, e não nas intuições ou valorações pessoais do tomador de decisão, impedindo, assim, decisões arbitrárias[6].

---

[5] LUHMANN, Niklas. **Sistema Juridico y Dogmatica Juridica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 73.

[6] ÁVILA, Humberto. A justificação das decisões judiciais. **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Coord. científica Ricardo Villas-Bôas Cueva. Brasília: CJF, 2014. Anais disponíveis em: < http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos/serie-caderno-30 >. Acesso em 27/09/2015.

Em sentido oposto, porém, é igualmente indesejável que nenhuma das possíveis consequências da decisão sejam levadas em consideração em julgamentos tributários, já que decisões judiciais apresentam uma pretensão de universalização a partir da solução apresentada no caso concreto[7], o que exige que o aplicador pense seriamente na consequência de suas decisões ante à possibilidade de sua universalização[8].

Dessa forma, os dois extremos acima apresentados devem ser rechaçados, já que o primeiro exclui a possibilidade de justificativas racionais baseadas em considerações consequencialistas ante a existência de incertezas relativas ao futuro e à imprevisibilidade absoluta das cadeias de consequências, enquanto que o segundo ignora não somente que a qualidade das decisões judiciais pode depender das consequências que o aplicador pretende ver concretizadas no mundo real como também da necessidade de que ele aja com prudência e responsabilidade ao decidir[9]. Ademais, se os ministros devem conquistar a confiança dos indivíduos constantemente e isto é feito por meio das justificativas que apresentam nas suas decisões[10], talvez faça sentido exigir que as razões apresentadas considerem seriamente as diversas consequências que provavelmente advirão de cada alternativa decisória.

Neste contexto, o presente trabalho tem por objeto a análise crítica do uso do consequencialismo judicial para a modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27, da Lei 9.868/1999[11], pelos ministros do Supremo no julgamento de questões envolvendo Direito Tributário. De início, convém deixar claro que o trabalho não tem por objetivo defender o uso de argumentos consequencialistas como panaceia geral para a solução de conflitos nesta seara do Direito. A ideia é analisar como argumentos consequencialistas são operacionalizados no Supremo para, a partir daí, permitir críticas mais profundas sobre a aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas no direito.

---

[7] Segundo Neil MacCormick, ao argumentar pelas consequências, somente aquelas genéricas e não específicas do caso concreto são relevantes, já que o processo de justificação se preocupa em demonstrar o motivo pelo qual uma decisão é preferível às demais. No original: "(...) because the justification proceeds by way of showing why such a decision ought to go one way rather than the other, the relevant consequences are those of generic ruling involved in deciding one way or the other, not just the specific effects of the specific decision on the individual parties. MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 150.

[8] MACCORMICK, Neil. **Rhethoric and the Rule of Law**: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason). Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 102.

[9] MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review,** Vol. 58, nº 2, maio, 239-240, 1983.

[10] AARNIO, Aulis. Introduction. In PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason.** Sweden: Springer, 2008, p. 4.

[11] A modulação temporal também é possível nos termos do art. 11, da Lei 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No entanto, na pesquisa realizada, não se encontrou nenhum caso de modulação em julgamento de direito tributário em sede de ADPF, razão pela qual ao longo deste Trabalho de Conclusão de Curso, optou-se por trabalhar somente com a hipótese do art. 27, da Lei 9868/1999.

Neste momento, porém, o presente trabalho se centra no levantamento de dados sobre o processo de justificação de decisões no STF, no que se revela o seu propósito prioritariamente empírico. Tendo esse objetivo em vista, busca-se responder às seguintes perguntas de pesquisa: (i) os ministros, quando evocam a modulação de efeitos temporais de decisões que envolvem a superação de discussões tributárias, utilizam argumentos consequencialistas? Em caso positivo, (ii) as prognoses inerentes à argumentação com base em consequências, quando realizadas pelos ministros do STF, são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte? As hipóteses são: (i) os ministros utilizam argumentos consequencialistas e (ii) a maior parte dos juízos sobre o futuro por eles efetuados não são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Uma vez confirmada a hipótese (ii), aponta-se alguns problemas relacionados à utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e se argumenta que possíveis déficits epistêmicos podem comprometer o engajamento dos ministros nesse tipo de argumento.

2. METODOLOGIA

O objeto do presente trabalho são todos os julgamentos de Direito Tributário, realizados entre o período de novembro de 1999 a outubro de 2015, no STF, nos quais se discutiu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei 9.868/1999.

A delimitação do objeto parte da premissa de que houve uma mudança relativamente recente na forma de se estudar o Direito Tributário no país. Se antes se defendia que este ramo deveria ser analisado de maneira isolada, livre da "contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc.)"[12], hoje é possível verificar uma tendência de compreender esta seara do Direito em sua conexão com as demais áreas do saber, como, por exemplo, a economia e a política[13]. Dessa forma, imagina-se que o Direito Tributário seja campo fértil para o proliferamento de argumentos consequencialistas, uma vez que esses trazem para dentro do mundo jurídico a preocupação com os efeitos de uma determinada decisão sobre o mundo prático.

A escolha por analisar especificamente o uso de argumentos consequencialistas na modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei

[12] Segundo Becker, "[e]ssa contaminação prostitui a atitude mental jurídica" e é responsável pela introdução de incerteza e contradição no mundo jurídico. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 42.

[13] A título meramente exemplificativo, Luís Eduardo Schoueri afirma que "[s]endo a tributação um fenômeno histórico, político, econômico e social, as contribuições oferecidas por essas aproximações não podem ser desprezadas na busca da construção de um sentido ao todo tributário". SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

9.868/99 justifica-se (i) na peculiaridade desse instituto, uma vez que ele configura uma "contraordem" ao Direito, na medida em que, a despeito da declaração de invalidade de uma norma jurídica, mantém-se os atos que lhe são contrários[14] e (ii) na necessidade de que, ao modular, os ministros do Supremo analisem os "efeitos negativos da modificação de situações jurídicas já consolidadas no âmbito social"[15], o que poderia significar uma argumentação mais preocupada com consequências. De fato, a dicção do artigo 27 leva a crer que a aplicação adequada do dispositivo exija um raciocínio prospectivo. Isso porque a modulação só se justifica se a declaração de invalidade da lei ou ato normativo no caso promover um estado de coisas que possa ser avaliado negativamente com base na segurança jurídica ou excepcional interesse social.

A delimitação temporal se justifica pelo fato de que a Lei 9.868/1999, que confere ao STF a prerrogativa de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de algum outro momento a ser fixado, somente passou a vigorar no dia 10 de novembro de 1999. O marco final em outubro de 2015[16] foi um corte arbitrário cuja finalidade era impedir a consideração de novas decisões uma vez que a análise descritiva estivesse concluída.

A delimitação quanto ao que constitui "julgamentos de direito tributário nos quais se discutiu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei 9.868/1999" foi feita com base no próprio sítio do STF (http://www.stf.jus.br/).

Os termos "tributário modulação", "tributação modulação" e "tributo modulação" foram os parâmetros de busca inseridos no campo "pesquisa livre" na página de pesquisa de jurisprudência do sítio do STF. Além disso, os termos "tributário", "tributação" e "tributo" foram inseridos individualmente no campo "pesquisa livre", ao mesmo tempo que "lei ordinária" foi selecionada no campo legislação, "9868" inserido em número, e "27" inserido em artigo. O intuito era assegurar que o maior número possível de casos seria analisado.

Da primeira busca ("tributário modulação"), obteve-se um total de 95 acórdãos, todos válidos para análise. Da segunda busca ("tributação modulação"), 8 acórdãos foram encontrados, dos quais 2 não constavam no grupo anteriormente obtido. Da terceira busca ("tributo modulação"), dos 33 acórdãos e 1 repercussão geral, 28 acórdãos já haviam sido obtidos nas buscas anteriores, de forma que 5 acórdãos e 1 repercussão geral foram adicionados. Da quarta busca ("tributário lei 9868 art 27") resultaram 35 acórdãos, dos quais 12 eram inéditos. Um acórdão foi excluído porque não tratava

---

[14] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 515.

[15] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método.** 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 317.

[16] O marco final refere-se à data em que o acórdão estava disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, e não à data do julgamento.

de assunto tributário[17] e os 11 restantes foram adicionados à base de dados. Da quinta busca ("tributo lei 9868 art 27"), 17 acórdãos e 1 repercussão geral foram encontrados, dos quais somente 2 acórdãos ainda não haviam sido inseridos na base de dados. Por fim, da sexta busca ("tributação lei 9868 art 27"), 3 acórdãos foram encontrados, mas todos já haviam sido obtidos nas buscas anteriores.

A base de dados é composta por 116 acórdãos (115 acórdãos e 1 repercussão geral). Do total, 31 julgamentos foram feitos pelo Órgão Pleno do STF, 35 pela Primeira Turma e 50 pela Segunda Turma. Como por expressa disposição legal só é possível a modulação com o quórum de dois terços dos ministros do STF, somente serão analisados os casos decididos pelo Plenário.

Uma vez delimitado o objeto a ser descrito e explorado, a jurisprudência do STF será analisada à luz de teorias que tratam do uso de argumentos consequencialistas por aplicadores do direito, de maneira geral, e por juízes, de maneira específica.

3. ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS

3.1. O que se entende por argumentos consequencialistas e as manifestações do consequencialismo judicial

A definição de argumentos consequencialistas é ambígua[18], fazendo-se pertinente, portanto, determinar qual é aquela adotada ao longo deste trabalho.

A expressão é empregada aqui em sentido amplo para compreender qualquer "tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão"[19]. O que importa para um juízo consequencialista é a consideração dos impactos na realidade de alternativas de decisão ou cursos de ação. Implicações puramente jurídicas de decisões, no sentido da representação de efeitos relevantes para o mundo e a linguagem do direito, não constitutem argumentos propriamente consequencialistas, uma vez que se limitam à extração de resultados necessários determinados por normas ou manifestações autoritativas do direito, como uma decisão judicial. Tome-se, por exemplo, o contido no artigo 167 do Código Civil. A *nulidade do negócio jurídico* é uma *consequência* da declaração de simulação. Nesse caso, a nulidade é um efeito propriamente jurídico da decisão. Como tal, pode produzir efeitos no mundo. Mas são estes, e não aquele, que devem ser considerados em uma argumentação tipicamente consequencialista.

---

[17] O caso excluído foi a Petição Avulsa de Extradição 1085, na qual se pedia o relaxamento da prisão e a extradição de Cesare Battisti à Itália. (STF, Tribunal Pleno, Ext 1085 PET-AV, rel. min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão min. Luiz Fux, j. em 08/06/2011, Dje 02/04/2013).

[18] MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin, op. cit., p. 246.

[19] ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

Partindo-se dessa definição, vê-se que o consequencialismo judicial comporta três visões distintas acerca da relevância de argumentos consequencialistas para a tomada de decisão. Na primeira delas, uma decisão é adequada se, e somente se, não se encontra uma decisão alternativa cujas consequências sejam preferíveis às suas, o que se poderia chamar de consequencialismo forte[20]. Já na segunda, as consequências exercem um papel residual nas decisões[21], sendo utilizadas somente quando argumentos institucionais[22] não forem capazes de determinar uma solução, o que se poderia denominar de consequencialismo residual. Por fim, na terceira, as consequências podem ser utilizadas ao lado de outros argumentos institucionais, mas nunca com peso superior a esses, o que se poderia classificar como consequencialismo fraco[23].

Todas essas acepções preservam a mesma estrutura, que, nos termos de um modelo formal de justificação, pode ser apresentada em três etapas e duas dimensões. A primeira dessas etapas é a indicação clara das alternativas de decisão; a segunda, das consequências vinculadas a cada uma das alterantivas decisórias. A relação entre os dois primeiros passos compõe a dimensão descritiva ou positiva do raciocínio consequencialista. Nela, realiza-se um esforço de prognose. A terceira etapa, por sua vez, diz respeito à identificação de um critério de valoração, para fins de ranqueamento ou ordenação, das consequências. A aplicação desse critério, com a correspondente ordenação dos estados do mundo antecipáveis e a seleção, ao fim, da alternativa decisória que deve ser privilegiada compõe a dimensão normativa do raciocínio.[24]. Essa estrutura ergue a pretensão de se aplicar a qualquer processo de tomada de decisão orientado em efeitos futuros de alternativas decisórias. A diferença entre as três acepções de consequencialismo anteriormente apresentadas, portanto, não é estrutural, mas reside no peso atribuído aos argumentos consequencialistas para a determinação da decisão.

A definição ampla de argumentos consequencialistas e consequencialismo judicial no presente trabalho se justifica por permitir a análise de um número maior de decisões do Supremo Tribunal Federal nos quais essa estrutura de argumentação se fez presente[25]. Como resultado,

---

[20] SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>. Acesso em 07/09/2015. p. 2-3

[21] *Idem.*

[22] "Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação". ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março, 2010.

[23] SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, op. cit., p. 2-3.

[24] ARGUELHES, Diego W. e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmento. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

[25] Uma definição mais restrita de argumentos consequencialistas na seara tributária é defendida pela professora Tathiane dos Santos Piscitelli para quem "se a consequência com a qual devemos nos preocupar é aquela vinculada à universalidade da decisão, um

acredita-se que certos problemas atrelados à argumentação com base em consequências possam ser visualizados mais facilmente, fortalecendo o debate quanto à sua utilização no processo de tomada de decisões.

3.2. Modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade

No Direito brasileiro prevalece a regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual opera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de origem do ato viciado[26] e cessando imediatamente a sua aplicação[27]. Tais declarações de inconstitucionalidade, se proferidas em sede de controle concentrado, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, de todos os entes da Federação, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

A questão, no entanto, torna-se complexa quando se reconhece que, em que pese a eficácia declaratória das decisões de inconstitucionalidade, a norma inválida de fato produziu seus efeitos no mundo real[28], de tal sorte que a atribuição de efeitos *ex tunc*, em determinadas hipóteses, seria capaz de "violar ainda mais a Constituição"[29]. Nesses casos, a modulação temporal da decisão permite que, apesar do entendimento do STF no sentido da inconstitucionalidade da norma, seus efeitos, ou parte deles, sejam mantidos. A declaração de inconstitucionalidade passa a operar efeitos *ex nunc* (a partir da publicação da decisão) ou a partir de outro momento fixado pelo Tribunal, sendo possível, ademais, o estabelecimento de regras de transição que visem à promoção, na maior medida possível, da ordem constitucional[30]

O ordenamento brasileiro passou a admitir expressamente a modulação temporal no art. 27 da Lei 9.868/1999, embora em ocasiões anteriores o Supremo Tribunal Federal já houvesse identificado a impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos ante a necessidade de se proteger a boa-fé do particular nas suas relações com o poder público[31].

---

argumento consequencialista válido (ou seja, que esteja focado nas consequências que importam) deverá tratar da aceitabilidade da aplicação universal da decisão em face dos valores do direito tributário". PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 32.

[26] De acordo com Luís Roberto Barroso, "[n]ão prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo". BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

[27] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54-55.

[28] Nesse sentido, desde 1977, já se falava em produções de efeitos das normas as quais não podiam ser ignoradas pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro Leitão de Abreu, no RE 79343 , afirma: "[t]enho que procede a tese (...) de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar."

[29] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363.

[30] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica.** 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 515.

[31] A título meramente exemplificativo, tem-se o RE 79343, Segunda Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, jul. em 31/05/1977, DJ 02/09/1977.

Nos termos do art. 27 da Lei 9868/1999, a modulação temporal deve se dar por razões de "segurança jurídica" ou de "excepecional interesse social", não se aplicando esta regra aos casos de declaração de constitucionalidade[32].

Ainda que o dispositivo seja amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, sua constitucionalidade está sendo questionada nas ADIs 2154 e 2258, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Dentre outros argumentos, segundo os autores, a norma seria contrária à isonomia, à legalidade e ao devido processo legal[33].

Longe de procurar esgotar a discussão quanto à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade[34], esta seção tem a finalidade de evidenciar duas questões cruciais para o desenvolvimento do presente trabalho.

A primeira delas diz respeito ao caráter excepcional da modulação, o que impõe aos ministros um ônus argumentativo a ser superado para fundamentar a sua aplicação. Assim, eles devem (i) justificar expressamente por que a nulidade *ex tunc* é afastada, apontando o fundamento da norma constitucional que serve de base para a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, (ii) justificar como o afastamento da nulidade *ex tunc* é capaz de manter o estado de constitucionalidade e (iii) indicar os efeitos negativos advindos da decretação da nulidade *ex tunc*[35].

A segunda questão está relacioanda ao entendimento de que, tal como prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a modulação requer que os ministros pensem nas consequências de suas decisões. Isso porque, primeiramente, se lhes cabe comprovar os efeitos negativos que adviriam da decretação da nulidade *ex tunc* e fundamentar como o seu afastamento é capaz de manter o estado de constitucionalidade, então é necessário que os ministros considerem, e antecipem, os estados de coisas vinculados às alternativas decisórias de modulação ou não dos efeitos temporais da decisão. Tais prognoses, como se nota, são parte de uma argumentação consequencialista que demanda a análise de alternativas, a indicação das respectivas consequências vinculadas a cada uma delas e a

---

[32] O STF rejeitou esta possibilidade no julgamento dos Embargos de Declaração na ADI 1040, sob o argumento de que se admitida a modulação, ter-se-ia uma inversão da presunção de constitucionalidade das leis. (ED na ADI 1040, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, jul. em 31/05/2006, DJ 01/09/2006).

[33] O julgamento das ADIs foi suspenso em fevereiro de 2007. V. a respeito a notícia em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69099. Acesso em 25/05/2017.

[34] Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, op. cit. p. 514-595 e DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência:** proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, Capítulo V. Para uma crítica ao excepecional interesse social como critério para modulação devido à sua indeterminação conceitual, ver ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

[35] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança** Jurídica, op. cit., p. 594.

escolha da alternativa que gere os melhores efeitos no mundo real, a partir do critério normativamente eleito para a hierarquização dos estados do mundo.

A modulação também demanda dos ministros uma argumentação consequencialista por uma segunda razão, relativa à estutura das normas.

Os critérios para a modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, i.e., segurança jurídica e excepcional interesse social[36], determinados por expressa escolha do legislador infraconstitucional, são princípios jurídicos, diferenciando-se em sua estrutura das regras. Conforme Humberto Ávila,

> Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção[37].

Dessa forma, os critérios que possibilitam a modulação de efeitos, em que pese indiquem um estado de coisas a ser promovido, não prescrevem o meio para alcançá-lo, estando o intérprete da norma livre para fixá-lo. A liberdade de escolha de meios se evidencia pelas diversas alternativas de como modular o efeito da decisão. Em linhas meramente exemplificativas, é possível a atribuição de efeitos *ex nunc*, a criação de regras de transição e o estabelecimento de um período de tempo no qual a norma ainda produzirá seus efeitos. Isso significa que o juiz tem liberdade para escolher, dentre os meios possíveis, aquele que produzirá consequências que promoverão, na maior medida, o estado de coisas buscado pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social.

4. A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS PELO STF

Dos 31 acórdãos analisados, em 25 constatou-se a utilização de argumentos consequencialistas[38]. Embora referências genéricas aos efeitos da decisão sejam recorrentes – no RE 377457, por exemplo, a ministra Cármen Lúcia disse considerar a questão discutida "realmente,

---

[36] Em um debastamento inicial sobre o tema, vê-se que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado excepecional interesse social de maneira bem abrangente, consubstanciando-se esse em qualquer princípio constitucional. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de julho, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>. Acesso em 18/09/2015.

[37] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 102.

[38] Eurico de Santi, ao analisar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos casos relativos à instituição de novos tributos, chega à conclusão de que a repercussão econômica nunca é critério suficiente para determinar a modulação. Segundo o professor, "o STF sempre se pautou por razões de lacuna normativa, alteração de entendimento jurisprudencial e, em última instância, de insegurança no sistema jurídico". SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos**, op. cit. A afirmação do professor deve ser lida nos exatos termos em que foi proposta. Primeiramente, ela diz respeito a um tipo específico de casos, qual seja, relativo à instituição de novos tributos. Em segundo lugar, embora a repercussão econômica não seja critério suficiente para determinar a modulação, isso não significa necessariamente que ela não seja considerada pelos ministros. O presente trabalho adota um conceito mais amplo de consequencialismo judicial, conforme descrito na metodologia, de forma que neste capítulo são analisados os diversos argumentos consequencialistas presentes nas decisões relativas a modulação, independente do peso que cada um deles exerceu para determinar a decisão.

gravíssima (...) até pelas consequências que daqui derivam", enquanto que o ministro Menezes Direito, destacou a "repercussão" do caso e o "efeito danoso" a "pequenos contribuintes" – é notável a capacidade de os minstros elaborarem cadeias de consequências que, em última instância, culminariam não só no desestímulo "[a]os cidadãos em geral a respeitarem o arcabouço normativo constitucional em vigor" (ADI 4481), como também à instituição, pelo Supremo, do "capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro" (RE 353657).

Neste tópico pretende-se responder ao problema formulado nas considerações introdutórias, qual seja, se os juízos de prognose inerentes à argumentação com base em consequências, quando realizados pelos ministros do STF, são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Uma vez verificada a confirmação da hipótese, analisa-se criticamente a utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do STF e se questiona, dada a assimetria existente entre o futuro presente e o presente futuro que afeta a confiabilidade das prognoses em juízos prospectivos[39], se os ministros reúnem informações capazes de superar déficits epistêmicos no processo de justificação de decisões orientados em consequências.

4.1. Respostas aos problemas de pesquisa (ou a falta de evidências empíricas para a elaboração de prognoses)

A tabela abaixo demonstra se argumentos consequencialistas foram ou não considerados em cada um dos julgamentos analisados e, em casos afirmativos, se as prognoses foram acompanhadas de estudos, documentos ou dados que lhes servissem de suporte.

Tabela 1

Caso		Tema	Há argumento consequen-cialista?	A prognose é acompanhada, no voto dos ministros, de documentos, estudos ou dados, capazes de lhe servir de suporte?
01	ADI 4171	ICMS	Sim	Não
02	QO na ADI 4425	Precatório	Sim	Em parte*
03	ADI 4481	ICMS	Sim	Não
04	ED no RE 595838	CSLL	Sim	Em parte*
05	ED no RE 569056	Execução fiscal pela Justiça do Trabalho	Sim	Em parte*
06	RE 590809	IPI	Sim	Não
07	RE 477323	ICMS	Não	------
08	RE 635688	ICMS	Não	------
09	ED no RE 559937	ICMS	Sim	Não
10	ADI 4628	ICMS	Sim	Não
11	RE 680089	ICMS	Sim	Não

[39] LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. **Neue Hefte für Philosophie**, v. 20, Göttingen, p. 6-7, 1981.

12	ADI 429	ICMS	Sim	Não
13	AgR na Rcl 12692	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Não	------
14	ADI 2669	ICMS	Sim	Não
15	RE 630733	Concurso público	Sim	Não
16	RE 559937	PIS/COFINS	Sim	Não
17	RE 405579	Imposto sobre importação	Sim	Não
18	RE 596177	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Não	------
19	ADI 3462	Remissão e anistia	Sim	Não
20	ADI 875	Fundo de Participação dos Estados	Sim	Não
21	RE 363852	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Sim	Não
22	RG no RE 592321	IPTU	Não	------
23	RE 377457	COFINS	Sim	Não
24	RE 556664	Prescrição e decadência	Sim	Não
25	RE 560626	Prescrição e decadência	Sim	Não
26	RE 559943	Prescrição e decadência	Sim	Não
27	RE 353657	IPI	Sim	Em parte*
28	RE 370682	IPI	Sim	Em parte*
29	MC em ADI 3090	Comercialização de energia elétrica	Sim	Não
30	ED nos ED no RE 256588	Taxa de serviço de limpeza e de coleta de lixo	Sim	Não
31	MC em ADI 2251	Medida Provisória	Não	------

* Nem todas as prognoses foram acompanhadas, no voto dos ministros, de documentos, estudos ou dados.

Antes de analisar a tabela, duas considerações são pertinentes. A primeira delas é referente a uma possível crítica que poderia ser endereçada à operacionalização da pesquisa e a segunda relativa ao preenchimento das variáveis presentes na tabela.

De início, deve-se afastar a possibilidade de que uma eventual consequência alegada por um ministro, embora não encontrasse suporte em seu voto, estivesse amparada em estudos, documentos ou dados trazidos pelas partes ao longo do processo. Isto porque, ainda que assim o fosse, simplesmente se identificaria um novo problema, já que dado o dever de os juízes fundamentarem suas decisões (art. 93, IX, Constituição Federal de 1988), indicando as razões do seu convencimento, não poderiam os ministros alegar genericamente as consequências advindas das suas decisões sem fazer constar expressamente os estudos que lhes permitiram concluir pela possibilidade de que os resultados descritos não passassem de meras intuições e especulações.

Quanto às variáveis da tabela, partindo-se da conceituação do capítulo 2, verificou-se a presença ou ausência de argumentos consequencialitas no voto dos ministros. No tocante a documentos, estudos ou dados que pudessem servir de suporte para as prognoses, era necessário que os ministros indicassem um (i) documento/estudo/dado (ii) específico sobre o caso (iii) produzido

por terceiro alheio ao processo, ainda que a requerimento das partes ou em razão de determinação judicial. Este não é o caso, por exemplo, da citação de livro genérico sobre análise econômica do direito, como o fez no RE 405579 o ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, o ministro cita o manual de Law and Economics de Cooter e Ulen para corroborar com a sua tese de que a oferta de produtos poderia impactar no equilíbrio de mercado e na inflação, algo considerado insuficiente para embasar uma prognose, já que a obra não trata especificamente sobre o tema em discussão. Em sentido oposto, foram consideradas reportagens de jornais que indicassem potenciais efeitos da decisão, como no RE 353657, no qual o ministro Marco Aurélio destaca um artigo de Miriam Leitão no qual a autora afirma que "decidir contra o recurso pode causar uma sangria absurda nos cofres públicos".

Feitos estes esclarecimentos, dos 25 casos em que houve a utilização de argumentos consequencialistas, somente em 5 fez-se referência a algum estudo, dado ou documento que pudesse embasar as prognoses feitas pelos ministros.

Portanto, a pesquisa mostra que, em 80% dos casos nos quais os ministros argumentaram a partir das consequências de alternativas de decisão, não houve qualquer prova que justificasse que a prognose fosse (i) possível, no sentido de ser uma decorrência da alternativa de decisão escolhida, ou (ii) provável, no sentido de que se escolhida a alternativa, haveria chances de a prognose ser realizada no mundo real.

Dessa forma, a hipótese de pesquisa é confirmada: a maior parte dos juízos prognósticos não são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Isto evidencia que grande parte das consequências que os ministros atribuem como sendo efeitos de suas decisões não vão além de meras intuições e suposições cuja concretização, no mundo real, talvez não seja certa ou mesmo possível.

Ainda que, em *hard cases*, a mera menção às fontes do direito não seja suficiente para a aceitação racional da decisão pela comunidade jurídica[40], não se pode conceder aos ministros uma carta branca para que, buscando os melhores efeitos de suas decisões, eles se eximam do seu dever de justificação das decisões. Dessa forma, a mera referência ao artigo 27 da Lei 9868/1999 não é motivação suficiente para justificar a modulação dos efeitos da decisão com base nas possíveis consequências positivas advindas da adoção de tal postura. Os ministros deveriam tornar explícitas as razões que lhe permitiram concluir pela adoção de uma determinada alternativa decisória.

Nesse sentido, a confirmação da hipótese é problemática porque coloca em dúvida até que ponto as decisões proferidas pelos ministros são racionalmente fundamentadas. Ao que tudo indica, nos julgamentos tributários nos quais se discutiu a modulação dos efeitos da declaração de

[40] AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law.** Heidelberg: Springer, 2011, p. 136.

inconstitucionalidade, a argumentação com base em consequências parece dever ser rechaçada, já que, da forma como é operacionalizada pelos ministros, conduz a mais arbitrariedades, uma vez que não enfrenta as incertezas estruturais que afetam a dimensão descritiva de argumentações consequencialistas, do que propriamente a uma motivação racional preocupada com os efeitos da decisão no mundo prático.

Antes de se passar à análise crítica da jurisprudência do tribunal, vale a pena olhar mais a fundo os cinco casos em que as prognoses dos ministros não parecem ter sido fruto de meras intuições.

Neste momento, é pertinente a introdução da Tabela 2, na qual se constatam quais argumentos consequencialistas foram mais utilizados nas decisões envolvendo a modulação em julgamentos de Direito Tributário.

Tabela 2*

Número	Casos	Qual argumento consequencialista?
12	ADI 4171, QO na ADI 4425, ED no RE 595838, ED no RE 569056, ED no RE 559937, RE 680089, ADI 4628, ADI 429, ADI 2669, RE 559937, RE 353657, RE 370682	Arrecadação/finanças
2	RE 559943, RE 370682	Enriquecimento ilícito
7	ADI 4171, QO na ADI 4425, ADI 4481, RE 630733, RE 363852, RE 353657, ED nos ED no RE 256588	Ação oportunística/ incentivo à adoção de comportamentos
4	QO na ADI 4425, ADI 429, RE 377457, RE 370682	Impacto no exercício de direito de terceiros
3	QO na ADI 4425, ADI 875, MC em ADI 3090	Promoção/preocupação com o diálogo institucional
12	RE 590809, ED no RE 569056, ED no RE 559937, RE 680089, ADI 4628, RE 630733, RE 559937, ADI 875, RE 363852, RE 559943, RE 353657, RE 370682	Aumento/existência de múltiplos litígios e morosidade do Judiciário
3	ADI 2669, RE 630733, RE 405579	Tratamento isonômico dos contribuintes/proteção da concorrência
2	RE 405579, RE 353657	Equilíbrio de mercado, consumo interno e inflação/efeitos sobre o capitalismo

* A preponderância de tipos específicos de argumentos consequencialistas não significa que outros não tenham sido utilizados.

Da leitura das Tabelas 1 e 2, percebe-se que, nos cinco julgamentos nos quais as prognoses foram acompanhadas de documentos, os principais argumentos consequencialistas diziam respeito à arrecadação ou às finanças do Estado. Desses, em quatro buscava-se demonstrar a perda de arrecadação do Fisco caso se optasse pela decretação da nulidade *ex tunc* (ED no RE 595838, ED no RE 569056, RE 353657 e RE 370682), sendo que em três os dados foram retirados da própria argumentação da Fazenda Nacional (ED no RE 595838, ED no RE 569056 e RE 370682). A modulação foi afastada nos dois embargos de declaração sob o argumento de que "[a] mera alegação

de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social"[41].

Analisando cada caso de maneira isolada, talvez não se vislumbre nenhum problema. As incongruências são reveladas quando se tenta compatibilizar as diferentes decisões do Supremo. Se a alegação de perda de arrecadação não é suficiente para modular a declaração da inconstitucionalidade quando se sabe claramente o prejuízo financeiro do Estado, seria de se imaginar que menores razões tivesse o tribunal para optar pela modulação quando os prejuízos fossem incertos e a prognose fosse descrita em termos meramente genéricos. No entanto, na ADI 4171, o tribunal decidiu, por maioria[42], vencido o ministro Marco Aurélio, pela modulação, já que a decisão "implicar[ia] sérias repercussões aos contribuintes e aos Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis, que ter[iam] suas arrecadações diminuídas abruptamente".

Dos cinco julgamentos mencionados linhas acima em que foram apresentados suportes empíricos para as prognoses elaboradas pelos ministros, em apenas um (QO na ADI 4425) o argumento consequencialista preponderante era relativo às finanças do Estado.

O objeto da QO na ADI 4425 era a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Emenda Constitucional (EC) nº 62/09, que alterou a sistemática dos precatórios, concedendo um prazo de 15 anos para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios realizassem os pagamentos. Um dos principais pontos de debate entre os ministros foi por quanto tempo dever-se-ia prolongar os efeitos da norma, dada a impossibilidade de os Estados cumprirem imediatamente a decisão judicial que declarara a inconstitucionalidade do regime.

O ministro Luís Roberto Barroso, em particular, ressaltou o fato de que mesmo se tratando de uma emenda inconstitucional, seriam inegáveis os avanços por ela promovidos, já que "pela primeira vez, desde o início da vigência da Constituição de 88", Estados e Municípios haveriam sido retirados da "inércia cômoda", na qual de maneira reiterada descumpriam o pagamento de precatórios. O ministro ainda se demonstrou preocupado com a possibilidade de que, se não fossem mantidos os efeitos da norma inconstitucional por um período no tempo, os Estados passariam novamente a descumprir os precatórios. Daí a afirmação de Barroso:

> o pior serviço que o Supremo Tribunal Federal poderia prestar ao País seria entregar de volta à sociedade, ou entregar de volta aos credores, uma situação de fato pior do que aquela que eles tinham com a Emenda Constitucional nº 62.

Se o Supremo já havia reconhecido que a moratória de 15 anos prevista na EC nº 62/09 era inconstitucional, mas igualmente a declaração de nulidade *ex tunc* poderia levar a uma inobservância

[41] Trecho retirado do voto do Ministro Dias Toffoli nos ED no RE 595838.

[42] O ministro Dias Toffoli, relator dos ED no RE 595838 e ED no RE 569056, estava ausente no julgamento da ADI 4171.

ainda maior do ordenamento jurídico, questão de mais difícil resolução entre os ministros era por quantos anos os efeitos da norma deveriam ser estendidos. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes:

> [h]á uma grande responsabilidade na fixação apenas desse prazo, se é o caso, porque, se fosse de um ano ou de cinco anos, significa que, no próximo orçamento, o Estado terá de arcar com os custos normais dos precatórios mais o estoque para liquidá-los de uma só vez.

O cerne do problema poderia ser formulado nos seguintes termos: por quantos anos deveriam ser estendidos os efeitos da norma inconstitucional para que os Estados pudessem cumprir com os precatórios?

Aqui, evidenciam-se dois problemas distintos da argumentação consequencialista.

O primeiro se evidencia no voto do ministro Gilmar Mendes. No começo do julgamento, o ministro apresentou um estudo realizado pelo professor José Roberto Afonso, um dos responsáveis pela criação da Lei de Responsabilidade Fiscal, e por Gabriel Leal de Barros, ambos do Grupo de Gestores de Finanças Estaduais. O estudo apontava que 62% dos Estados teriam capacidade de pagar os precatórios em 15 anos, prazo estipulado na EC nº 62/09. Dos 38% restantes, porém, alguns sequer teriam condições de se adaptar ao novo regime instituído pela emenda. De início, essa informação demonstra que, mesmo que a inconstitucionalidade da norma não houvesse sido declarada, ainda assim, no mundo fático, vários estados não conseguiriam arcar com os seus débitos. Isto já é suficiente para por em dúvidas se o resultado esperado pela modulação, qual seja, o pagamento dos precatórios, teria como de fato ser alcançado.

O segundo problema pode ser percebido no voto do ministro Luís Roberto Barroso. No caso analisado, o ministro pareceu incorporar, em alguma medida, o estudo apresentado por Gilmar Mendes, ao entender que a mera redução do prazo de moratória não seria suficiente para estimular o pagamento dos precatórios. O ministro deu um passo seguinte, concluindo pela necessidade de adoção de outras medidas que pudessem viabilizar o pagamento dos precatórios por parte dos Estados.

Uma das principais propostas do ministro, nesse contexto, foi o aumento do grau de comprometimento da receita corrente líquida dos Estados, a ser feita com base na "percepção geral" de que "o máximo de vinculação possível é 3%". Da impossibilidade de pagamento dos precatórios em 15 anos, evidenciada na pesquisa do Grupo de Gestores de Finanças Estaduais (GEFIN), Barroso concluiu pela necessidade de mecanismos alternativos, sendo que inexiste qualquer informação no sentido de que o comprometimento forçado de 3% da receita corrente líquida dos Estados incentivará os Estados a arcarem com as suas dívidas. A decisão do ministro é problemática porque (i) não encontra suporte no estudo do GEFIN, (ii) a "percepção geral" pode ser equivocada e (iii) o fato de o Município de São Paulo, "o principal devedor do país", dizer "que os 3% são compatíveis com a

sua receita corrente líquida e com as suas outras obrigações" não significa necessariamente a compatibilidade dessa mesma porcentagem com a receita corrente líquida de todos os outros Estados e Municípios do país e do Distrito Federal. Assim, de forma abstrata, poder-se-ia descrever o problema da argumentação do ministro como um relativo à utilização inconsistente de provas, na qual um estudo inicialmente feito para a prognose P, é utilizado para a criação e sustentação de uma prognose P'.

Todos os cinco julgamentos em que se verificou a existência de dados embasando as prognoses elaboradas pelos ministros revelam, em certa medida, as incongruências de argumentações com base em consequências quando realizadas no STF. Na resolução de um caso específico, como na QO na ADI 4425, o estudo apresentado, se levado a sério, colocaria em xeque não só os efeitos esperados da modulação, como também a qualidade da regra criada pelo STF[43]. Em uma perspectiva dinâmica, vê-se que o Tribunal não fornece critérios mínimos que permitam determinar quais consequências serão levadas em consideração. A existência de pesquisa, dados e estudos, os quais teoricamente serviriam de suporte para prognoses indicando a probabilidade de elas de fato virem a se materializar, parece ser irrelevante, já que o STF não modulou casos em que haviam fortes indícios corroborando os efeitos de suas decisões e modulou outros em que as consequências eram incertas e duvidosas.

4.2. Análise crítica

Nesta seção, analisa-se criticamente a utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo. A partir da descrição realizada, defende-se que este tipo de argumentação deveria ser evitado pelos ministros, ante a existência de deficiências epistêmicas que comprometem o uso de consequências para a determinação de decisões.

Os dados analisados corroboram a tese de déficit epistêmico ao revelarem que (i) os ministros têm dificuldade de, a partir da consideração de casos diferentes, tratar o mesmo tipo de argumento consequencialista de forma uniforme, sendo tal fato evidenciado pelo tratamento diverso de prognoses idênticas a depender do caso submetido à análise do Tribunal; e (ii) os ministros elaboram prognoses e criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal

[43] O ministro Marco Aurélio votou vencido contra a modulação, criticando o posicionamento dos demais por atuarem, na sua visão, como legisladores positivos. "Vossa Excelência me permite? A meu ver, com a devida vênia, há dois aspectos que consubstanciam, sob minha óptica, obstáculo intransponível: o primeiro é que não podemos atuar como legisladores positivos, muito menos para alterar a Carta da República. O segundo é que precatório está jungido a orçamento, e, portanto, deve ser liquidado conforme a força do orçamento, e não de depósitos judiciais que estão fora da esfera do Estado, propriamente dito, em termos de disponibilidade, já que são feitos e vinculados a certa relação jurídica processual." (trecho da manifestação do ministro Marco Aurélio na QO na ADI 4425, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25/03/2015, DJe 03/08/2015).

indicando a possibilidade de sua realização. Cada um desses pontos será abordado de maneira mais detalhada a seguir.

4.2.1. Tratamento diverso a tipos idênticos de consequência

Em uma perspectiva dinâmica, a dificuldade de os ministros abordarem as consequências de forma uniforme é evidente principalmente nos julgamentos envolvendo a utilização de argumentos consequencialistas relativos ao aumento de litígios nas hipóteses de afastamento da modulação dos efeitos temporais da decisão. Nesse sentido, é interessante comparar as decisões proferidas nos ED no RE 569056 e no RE 680089 com aquela da QO na ADI 4425.

Nos ED no RE 569056, demandava-se a modulação temporal da decisão que reconhecera a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas exclusivamente ao objeto da condenação constante das suas sentenças. Contra a alegação da Fazenda Nacional de que a declaração de improcedência dos embargos levaria a um aumento dos litígios judiciais, o ministro Dias Toffoli declarou que esta não passaria de "meras suposições". A modulação foi, então, afastada por unanimidade pelo Tribunal.

Em linha semelhante, o argumento do aumento do número de demandas no Judiciário como causa suficiente para ensejar a modulação foi afastado no RE 680089:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação, a essa altura, apenas causará problemas, implicações inúmeras.
> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não sei, eu tenho a impressão de que se nós formos claros e dissermos que a declaração de inconstitucionalidade, ela tem a sua validade a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, resolvemos vários problemas, e evitamos inúmeros outros.
> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O advogado do Pará? Procurador? Vossa Excelência quer...
> O SENHOR JOSÉ ALOÍSIO CAMPOS (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ) - Só acrescentar que isso vai trazer uma multiplicidade de demandas, ainda essas que estão em curso vão progredir, e de forma multifacetada, em vinte Unidades da Federação.
> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho a impressão que o Pará tem um bom corpo de procuradores e saberá dar conta dessas ações.

Ao contrário dos embargos acima, o ministro Lewandowski não questionou os efeitos que a decisão produziria no tocante à multiplicidade de demandas. Em sentido oposto, ele parece ter reconhecido implicitamente que a prognose levantada pelo Procurador do Estado pudesse de fato ocorrer. Assim, o argumento consequencialista foi rechaçado não por falta de evidência, mas com base na crença de que os procuradores paraenses teriam condições suficientes para "dar conta dessas ações". Esta afirmação é, no entanto, ela própria, de difícil comprovação, já que se refere à qualidade dos procuradores do Estado, o que, se levado a sério, demandaria dados mínimos que comprovassem

o seu desempenho eficiente. Tais dados, no entanto, demandam a produção de um tipo de prova diverso daquele requerido para a comprovação de prognoses, já que dizem respeito a fatos passados e não à descrição de eventos futuros.

Se se pretende interpretar a afirmação do ministro de maneira mais branda, a questão que se coloca é por que no caso dos embargos haveria a necessidade de que a Fazenda Nacional comprovasse que os litígios não seriam fruto de meras intuições, enquanto no RE 680089 a afirmação do Procurador do Estado do Pará não é questionada por nenhum ministro presente no julgamento.

As incongruências ficam mais nítidas quando se comparam as posturas adotadas pelos ministros nos julgamentos acima com o posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso na QO na ADI 4425, mesmo caso exposto na seção 3.1 deste trabalho.

Dentre os diversos argumentos do ministro para justificar a modulação, vê-se sua preocupação com a "renovação da litigiosidade independentemente da iniciativa das partes". Implícita nesta frase está a tentativa de reduzir o número de ações que possivelmente resultariam da decisão caso não se optasse pela modulação dos efeitos.

A inconsistência dos julgados reside no fato de que nos ED no RE 569056 o argumento de aumento de litígios é afastado por falta de provas; no RE 680089, o argumento é assumido como consequência provável da decisão, sendo, no entanto, afastado pela crença de que os procuradores saberiam lidar com essas demandas; e na QO na ADI 4425, o mesmo argumento consequencialista é apresentado pelo próprio ministro, sem qualquer prova, servindo de justificativa para a modulação.

O problema reside no fato de que a mesma consequência (aumento de litígios) é abordada de forma totalmente diversa nos três casos, sem que haja qualquer segurança ao contribuínte de qual será o seu peso no resultado final da decisão. Além de colocar em xeque a noção de que as decisões decorrem do ordenamento jurídico e não constituem meras arbitrariedades do aplicador da lei, os julgamentos revelam a incapacidade dos ministros de lidar de forma uniforme com o mesmo tipo de argumentos consequencialistas em casos diversos, indicando uma limitação cognitiva para a justificação racional das decisões com base em consequências.

4.2.2. Prognoses e cadeias de consequência sem provas

A tese de déficit epistêmico também é corroborada por um segundo problema identificado a partir dos dados analisados, qual seja, os ministros elaboram prognoses ou criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando que sua ocorrência decorre da alternativa decisória adotada. Este ponto é particularmente evidente no RE 405579, no qual o ministro Gilmar Mendes argumentou com base nas consequências das consequências que adviriam da declaração de nulidade *ex tunc* (A1 → C1 → (...) → Cn) e na ADI 875, na qual cada ministro

pareceu se preocupar com uma consequência específica decorrente da concessão de um prazo maior de prolongamento dos efeitos da decisão. Veja-se cada um dos referidos julgados de forma mais detalhada.

No RE 405579, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se o benefício de 40% de redução de alíquota do Imposto de Importação, concedido a empresas montadoras e fabricantes de veículos, poderia ser estendido, com base na isonomia, a uma empresa que, embora importasse pneus, não os produzia. A Fazenda Nacional teve o seu recurso, por maioria, julgado procedente, dentre outras justificativas porque não caberia ao STF "acrescentar exemplos à lei sob o argumento do princípio da isonomia"[44].

O ministro Gilmar Mendes, embora vencido, defendia a extensão do benefício para preservar "os estímulos aos investimentos e à produção, pelo menos até que o legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria"[45]. Segundo o ministro, se o entendimento da Fazenda Nacional prevalecesse, as montadoras e fabricantes de veículos teriam uma vantagem competitiva no mercado em relação aos seus concorrentes que não preenchessem os requisitos legais necessários para aferição do benefício fiscal.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, a declaração de nulidade *ex tunc* não seria a melhor solução para o caso, pois além de resultar na extirpação do benefício fiscal do ordenamento jurídico, desencadearia uma série de consequências negativas:

> A declaração de nulidade total da referida expressão, com eficácia *ex tunc*, **resultará, invariavelmente**, em distorção do sistema do imposto de importação concebido para a produção de veículos e do estímulo pretendido à indústria automobilística.
>
> Ademais, tal distorção repercute na oferta dos produtos no mercado de reposição, com impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação (cf. COOTER e ULEN. Law and Economics. 5ª ed. Boston: Pearson: 2007, p. 32 e ss.)[46] (grifo não original)

Antes de se avançar no argumento, é pertinente destacar que citação do manual de análise econômica de Cooter e Ulen no voto de Gilmar Mendes não apresenta nenhuma relação direta com o tema objeto de discussão no julgamento. As páginas citadas tratam genericamente do equilíbrio do mercado, abordando questões que vão desde o equilíbrio em indústrias perfeitamente competitivas até o equilíbrio em mercados monopolísticos e a capacidade de imposição de preço nesses últimos[47].

---

[44] STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

[45] Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

[46] Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

[47] COOTER Robert e ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5ª ed. Boston: Pearson: 2007, p. 32 e ss.

Mais uma vez, o problema da argumentação consequencialista foi a falta de evidências empíricas capazes de corroborar a tese de que necessariamente, da declaração de nulidade *ex tunc*, decorreriam todas as consequências elencadas pelo ministro. A questão é particularmente interessante porque Gilmar Mendes usa a expressão "resultará, invariavelmente" sem, no entanto, apresentar um dado sequer que confirme a ocorrência dos eventos, ou pelo menos, a alta probabilidade destes. Não há qualquer evidência que permita concluir que da declaração de nulidade *ex tunc* decorrerá um "impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação"[48]. Se, de um lado, o ministro não tem como provar a cadeia de consequências, de outro, também faltam recursos aos demais ministros para provar a sua não ocorrência.

O perigo da elaboração de cadeias de consequências visando à defesa de uma alternativa decisória específica, como fez o ministro Gilmar Mendes, é, ao fim, um problema relativo à utilização do consequencialismo militante[49], no qual, dada a proibição de *non liquet* (art. 126 do Código de Processo Civil), a autoridade judicante competente soluciona a controvérsia com base no seu subjetivismo. Nesses casos, o contribuinte é colocado novamente numa posição de dúvida quanto à existência de uma decisão racionalmente fundamentada, decorrente do ordenamento jurídico e não do decisionismo arbitrário daquele a quem incumbe resolver o conflito.

5. Conclusão

Com base no exposto, tem-se que a argumentação consequencialista realizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário pode ser considerada problemática por duas razões distintas A primeira delas é relativa a uma limitação necessária da argumentação preocupada com os efeitos práticos da decisão. Ela diz respeito à incerteza inerente à atribuição de consequências para cada alternativa decisória e à limitação racional dos ministros para trabalharem com diversas variáveis bem como analisarem provas complexas. A segunda limitação é contingente e é evidenciada pelos dados empíricos coletados. Trata-se do fato de que os juízos de prognose realizados pelos ministros não são acompanhados de estudos que demonstrem a sua ocorrência. Essas duas limitações talvez indiquem que a melhor postura a ser adotada pelos ministros é, em relação às provas[50] e estudos apresentados pela parte, uma de deferência, enquanto que, em relação

---

[48] Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

[49] SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**, op. cit. p. 31.

[50] O tema de provas é complexo. No nível mais abstrato da discussão, dado que as prognoses devem decorrer da alternativa decisória, é possível discutir até que ponto os ministros deveriam basear sua decisão na probabilidade do evento se materializar (e.g., uma prognose cuja chance de ocorrência é de 1% deveria ser igualmente relevante para a resolução do caso como uma cuja chance de ocorrência é de 99%?). Essa escolha pode depender de uma valoração moral (PECZENIK, Aleksander **On Law and**

à sua própria argumentação, uma que procure evitar o uso de consequências não demonstradas ao longo do processo[51].

Se inexiste evidência demonstrando que os ministros têm capacidades epistêmicas melhores do que a de um indivíduo qualquer para atribuir probabilidades a eventos que podem ou não ocorrer no futuro[52], então a adoção de uma postura deferente aos dados e estudos apresentados pelas partes talvez seja a mais adequada se o que se pretende é evitar o decisionismo arbitrário do intérprete. Isto porque, dessa forma, a atribuição de consequências às alternativas decisórias não será fruto de meras intuições dos ministros, mas resultado de trabalhos elaborados por pessoas que supostamente tem a capacidade de avaliar os efeitos da decisão e, portanto, tem melhores condições de fazer as prognoses. Nesse sentido, no julgamento do RE 559937, por exemplo, o ministro Dias Toffoli agiu de maneira adequada ao determinar que a questão da modulação deveria ser discutida com base em dados concretos, em sede de embargos de declaração, ante a falta de elementos para a sua avaliação durante o julgamento do recurso extraordinário.

Caso as partes não apresentem qualquer evidência demonstrando a possibilidade de ocorrência de uma consequência e, ainda assim, o ministro pretenda se valer desta na sua argumentação, poderia ele convocar um perito ou uma comissão de peritos, cujo fim seria precisamente comprovar os efeitos da decisão[53]. A hipótese não é absurda, havendo previsão no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/1999.

Por fim, nos casos em que, ao final do processo, não se verifica a existência de qualquer evidência capaz de demonstrar que a prognose pode decorrer da decisão do ministro, o uso de

---

Reason. Sweden: Springer, 2008. p. 20) que talvez devesse ser feita por representantes eleitos e não por juízes. É possível se defender, ademais, que o uso de provas deveria atender aos objetivos e propósitos do direito, de forma tal que mesmo as provas não necessariamente boas em termos científicos poderiam ser aceitas no direito. (SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence: Lie Detection, Neuroscience, and the Mistaken Conflation of Legal and Scientific Norms. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, No. 2009-14, Agosto, p. 1219, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1448744>). Para a defesa de uma abordagem das provas no direito em certa medida indiferente à problematização científica, ver SCHUARTZ, Luís Fernando. **Interdisciplinariedade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2174/TpD%20008%20%20Schuartz%20%20Interdisciplinaridade%20e%20adjudica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>. Acesso em 30/11/2015.

[51] Também poderia se permitir o uso de consequências pelos ministros, ainda que não provadas no processo, quando o próprio ordenamento jurídico, através do estabelecimento de uma presunção, tomasse como verdadeira a ocorrência da prognose. Nesses casos, o ônus da prova seria invertido, cabendo àquele que pretende afastar a presunção provar a não ocorrência da prognose (VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: An Institutional Theory of Legal Interpretation. Massachussetts: Harvard University Press, 2006, p.170).

[52] Vermeule, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). **Harvard Public Law Working Paper** No. 13-24. Março, 2013. p. 04. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2239155>. Acesso em 30/11/2015.

[53] Não se ignoram os custos que a convocação de perito ou da comissão de peritos poderia gerar para o processo. A título meramente exemplificativo tem-se, além dos custos de transação para a escolha e contratação dos peritos, os custos relacionados ao aumento do tempo necessário para a resolução do caso. Sobre a aplicação desse dispositivo para lidar com problemas de antecipação de efeitos decisórios no julgamento dos chamados "planos econômicos", v. LEAL, Fernando. Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo. Disponível em: https://jota.info/colunas/supra/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo-15082016. Acesso em 24/05/2017.

argumentos consequencialistas deveria ser evitado como justificativa para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário. Isso porque, ainda que seja verdade que "a maioria significativa dos casos será resolvida sob condições (mais ou menos radicais) de subdeterminação jurídica"[54], daí não se segue a possibilidade de concessão de ampla margem de discricionariedade aos ministros para que eles imaginem e especulem acerca de todos os possíveis efeitos da sua decisão. Admitir isto seria permitir que, em cenários de incerteza e de limitações cognitivas dos agentes, os julgamentos pudessem ser resolvidos de forma arbitrária, colocando-se não só o contribuinte, mas também a Fazenda, numa posição de dúvida quanto à quais são as regras que realmente guiam o processo de tomada de decisão.

O problema se tornaria ainda mais grave se os ministros, a pretexto de evitarem resultados absurdos advindos da sua decisão, se vissem na obrigação de adotar uma solução capaz de "corrigir" esses efeitos negativos[55]. Nesses casos, é possível pensar que na ausência de qualquer evidência para sustentar a elaboração das prognoses, ter-se-ia a prevalência de meras opiniões dos ministros as quais poderiam, ao final, produzir consequências mais danosas do que aquelas que se buscou primeiramente evitar[56]. Assim, há fortes argumentos para se evitar o uso do consequencialismo judicial quando as prognoses não são confirmadas até o final do processo[57].

6. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Introduction. In: PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason.** Sweden: Springer, 2008.

_____. **Essays on the Doctrinal Study of Law.** Heidelberg: Springer, 2011.

ADEODATO. João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista CEJ (Brasília)**. v.7. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1998.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

ARGUELHES, Diego e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmento. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. 1ªEd. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[54] FALCÃO NETO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando e ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, 2006. p. 97.

[55] SUNSTEIN, Cass S. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, nº 04, p. 915, 2003.

[56] *Idem.*

[57] O presente trabalho não lida com mecanismos que poderiam reduzir os custos associados a uma tomada de decisão num cenário de incerteza e risco. Sobre o tema, ver VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law), op. cit., *passim*.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março, 2010.

_____. **Sistema Constitucional Tributário.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. T**eoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 102.

_____. A justificação das decisões judiciais. **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014. Anais disponíveis em: < http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos/serie-caderno-30 >. Acesso em 27/09/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método.** 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011.

COOTER Robert e ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5ª ed. Boston: Pearson: 2007.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de março, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara novamente-criterios-partilha-fpe>. Acesso em 26/11/2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência:** proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

FALCÃO NETO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando e ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, 2006.

GRAETZ, Michael J. e SCHENK, Deborah. **Federal Income Taxation**. Principles and Policies. 7ª ed. St. Paul: Foundation Press, 2013.

HART, H.L.A. **The concept of law**. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HOLMES, Oliver e BURTON David. **Progressive Masks**: Letters of Oliver Wendell Holmes, Jr., and Franklin Ford. Newark: University of Delaware Press, 1982.

LIPSEY, R.G. e LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. **The Review of Economic Studies**, vol. 24, nº 01, 1956-1957.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Juridico y Dogmatica Juridica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. **Rhethoric and the Rule of Law**: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason). Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**. Vol. 58, nº 2, maio, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de (org). **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi!. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, 2003. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media /180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em 04.11.2015.

PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, v. 262, Rio de Janeiro, jan-abr, 2013.

PECZENIK, Aleksander **On Law and Reason.** Sweden: Springer, 2008.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos.** Revista Consultor Jurídico, 10 de julho, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>. Acesso em 18/09/2015.

SARGENTICH, Lewis. Jurisprudence: legal ideals. **Harvard Law School**, setembro, 2015. Notas de aula.

SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence: Lie Detection, Neuroscience, and the Mistaken Conflation of Legal and Scientific Norms. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper** No. 2009-14. Agosto, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1448744>. Acesso em 30/11/2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream /handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>. Acesso em 07/09/2015.

_____. **Interdisciplinariedade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle /10438/2174/TpD%20008%20%20Schuartz%20%20Interdisciplinaridade%20e%20adjudica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>. Acesso em 30/11/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNSTEIN, Cass S. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, nº 04, 2003.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: An Institutional Theory of Legal Interpretation. Massachussetts: Harvard University Press, 2006.

_____. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). **Harvard Public Law Working Paper** No. 13-24. Março, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2239155>. Acesso em 30/11/2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, nº 08, São Paulo, jul-dez, 2008. p. 441-464.