



Hélcio Corrêa

58

ULISSES X HÉRCULES: o perfil do Judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade*

ULYSSES X HERCULES: THE BRAZILIAN JUDICIARY PROFILE CONCERNING UNCONSTITUTIONALITY DECISIONS

Hélio Ourém Campos
Luciana de Assunção Macieira Bandeira

RESUMO

Pretendem analisar a “teoria do direito como integridade”, de Dworkin, estabelecendo um contraponto com a teoria social de Elster, e o modelo de Estado democrático de Direito proposto por Neves.

Objetivam traçar um perfil do comportamento do Poder Judiciário brasileiro nas decisões que envolvam a análise de constitucionalidade da norma positivada.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; modernidade; paradigma vinculativo; positivismo; Ulisses; Hércules; Ronald Dworkin; Marcelo Neves; Jon Elster.

ABSTRACT

The authors aim at assessing Dworkin's theory of law as integrity, setting a counterpoint to Elster's social theory and to Neves' paradigm of the democratic rule of law.

They seek to profile the behavior of the Brazilian Judiciary regarding decisions involving the analysis of constitutionality of the concrete legal norm.

KEYWORDS

Legal theory; modernity; binding precedent; positivism; Ulysses; Hercules; Ronald Dworkin; Marcelo Neves; Jon Elster.

*Trabalho apresentado no 1º Congresso Internacional de Constitucionalismo e Democracia: O novo constitucionalismo latino-americano.

1 INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário na realização do que se busca na sociedade como Justiça, aqui entendida como a pacificação dos conflitos sociais, tem sofrido modificações ao longo da história.

O próprio conceito de Direito sofreu e sofre alterações desde o surgimento das correntes de pensamento do jusnaturalismo, passando pelo positivismo, iluminismo, realismo e pós-modernidade.

Sobretudo no Brasil, o sistema processual de tutela dos interesses particulares e públicos codificado tem aproximado a função judicante pátria àquela típica dos países do *Common Law*, com a criação da vinculação dos precedentes judiciais e aparente engessamento da função criativa do magistrado.

Parte-se de uma visão Luhmaniana de dominação de poder exercido pela Corte Suprema, e vinculativo às demais instâncias do Poder Judiciário, ao particular e à Administração Pública.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, importante instrumento de defesa da supremacia constitucional e da manutenção do Estado democrático de Direito, sofreu grandes alterações com o advento da Lei n. 9868/99, que regulamenta o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

Neste caso, a variação do modelo sistêmico de Luhmann, de transformação do provável em improvável, foi imposta pela lei, ocorrendo sua restabilização. Uma das maiores modificações foi introduzida pelo art. 27 daquela lei, que quebrou o dogma da nulidade dos atos inconstitucionais, base do controle de constitucionalidade garantido por nossa Carta Magna, e autorizou a modulação dos efeitos das declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, com efeito vinculativo aos julgadores de instâncias ordinárias.

Contudo, na praxe forense, os tribunais têm-se deparado com casos complexos de aparente conflito de normas jurídicas de direito processual e de direito material, na aplicação da novel sistemática de controle de constitucionalidade das relações jurídico-tributárias.

O presente artigo pretende analisar qual o comportamento das cortes federais de julgamento nas decisões judiciais de inconstitucionalidade tributária, no intuito de identificar semelhanças e divergências com as teorias de Dworkin, Jon Elster e o modelo sistêmico de Luhmann com a releitura de Marcelo Neves.

A primeira parte destina-se à abordagem das noções gerais da problemática circundada na definição do Direito segundo as teorias clássicas do jusnaturalismo, positivismo, e realismo, destacando-se o modelo sistêmico luhmaniano e o sistema aberto defendido por Dworkin. Não há a pretensão aqui de esgotar ou aprofundar o tema que por si já configuraria uma dissertação de mestrado. Objetiva-se outrossim situar a teoria da decisão jurídica de Dworkin, o modelo sistêmico de Luhmann e a teoria social de Jon Elster no tempo e no espaço.

A segunda parte trata da natureza da decisão judicial segundo Dworkin, esclarecendo as características da teoria da resposta certa, do convencionalismo e do pragmatismo.

A terceira parte traz a visão social da pessoa do julgador instaurada por Jon Elster, especificando sua individualidade, probabilidades subjetivas, oportunidades, fatores indeterminados, até a adaptação e ajustamento da decisão judicial.

A quarta parte abordará a releitura de Marcelo Neves acerca das condicionantes do Estado democrático do Direito na concretização da Constituição.

A quinta parte traz a análise de um caso concreto de inconstitucionalidade tributária referida pela incidência da Contribuição para o fim social – Cofins sobre sociedades de advocacia, no intuito de apontar a partir de amostra estatística e qualitativa o comportamento do Poder Judiciário, suas identidades e dessemelhanças com as teorias abordadas.

2 DA TENTATIVA DE CONCEITUAR O DIREITO

2.1 DAS MUDANÇAS HISTÓRICAS

Ao longo da história, desde a existência do homem em sociedade, busca-se conceituar Direito e Justiça. As escolas do jusnaturalismo, juspositivismo, realismo, hermenêutica, teorias da modernidade e da pós-modernidade tentaram, a seu tempo, explicar a origem do Direito e o procedimento decisório de realização do que se denominou “Justiça”.

Para as sociedades arcaicas, direito ou regra era sinônimo de ação, pela fusão de moral, direito, costumes e convencionalismo social, cada indivíduo ou grupo tido como ofendido em suas expectativas ou seus direitos promovia sua autodefesa para fazer valer a sua vontade. As expectativas de direito e de cognição se fundem. (NEVES, 2008, p. 20-21).

[...] na praxe forense, os tribunais têm-se deparado com casos complexos de aparente conflito de normas jurídicas de direito processual e de direito material, na aplicação da novel sistemática de controle de constitucionalidade das relações jurídico-tributárias.

Surge então o jusnaturalismo, que apresentou em sua essência o direito natural como base fundante, a *pretensão de retirar normas de fatos* (ADEODATO, 2007, p. 124), estando na história subdividido em correntes de pensamento do jusnaturalismo teológico, antropológico/racionalista, democrático e de conteúdo variável (IDEM, p. 124-125).

Segundo Marcelo Neves (2008, p. 23), o jusnaturalismo trouxe relevante contribuição para a transição das sociedades das *culturas avançadas pós-modernas* para a modernidade,

com a noção de direito positivo mutável ainda que subordinado ao direito natural imutável.

Ainda de acordo com João Maurício Adeodato (2007, p.130-131), com o surgimento da *universalidade da razão iluminista* e também com raízes no empirismo, surgem as correntes positivistas que defenderão o direito como aquele que se observa empiricamente e é determinado por um ato de poder. Dentre elas destacam-se: o positivismo moderno impõe a regra moral escolhida como a prevalecente; positivismo lógico *alicerçado na análise da linguagem e nas matemáticas*; e positivismo marxista que defende o conteúdo de classe do direito (direito coletivista).

Para as sociedades arcaicas, direito ou regra era sinônimo de ação, pela fusão de moral, direito, costumes e convencionalismo social, cada indivíduo ou grupo tido como ofendido em suas expectativas ou seus direitos promovia sua autodefesa para fazer valer a sua vontade.

Uma característica marcante do positivismo (Idem, p. 131) é a sua autorreferência, que não aceita a utilização de paradigma externo à norma. A lei escrita passa a ser condição de vigência e validade do direito (NEVES, 2008, p. 24). Há um fechamento do sistema jurídico (autopoiese).

Nesse contexto, Luhmann traz a evolução do direito, intrínseca à evolução da sociedade, por seu modelo sistêmico, responsável em transformar o improvável em provável, e formado pelos elementos da variação, seleção e reestabilização ou retenção. Essa teoria evolutiva afasta-se do evolucionismo biológico e defende a mudança do direito e, por conseguinte, da sociedade mediante o sistema jurídico. (LUHMANN apud NEVES, 2008, p.18-25). Por meio da lei haveria a seleção das possibilidades, e pela reflexão dogmática ocorreria a reestabilização.

Para Luhmann há confrontação permanente entre diversas formas de evolução sistêmica no interior da própria sociedade, tanto na evolução interna quanto na externa (IDEM, p. 11). A modernidade e a pós-modernidade trazem situações sociais e relações jurídicas complexas que não se resolvem com as teorias filosóficas tradicionais.

A reflexão hermenêutica sobre a definição do Direito sofre relevantes transformações e parte de um sentido dogmatista do que está na letra da lei para a relação do que está escrito com o que está implícito no Direito.

Nessa oposição, a teoria positivista de que *as proposições jurídicas são verdadeiras quando descrevem corretamente o conteúdo das leis ou normas jurídicas* (LUHMANN apud NEVES, 2008, p. 63), surge a teoria liberal de Dworkin baseada em direitos individuais fundamentados em princípios de conteúdo controverso e anteriores à legislação.

Conforme será abordado no item seguinte, para Dworkin, haveria um poder criativo do julgador que o permitiria aplicar princípios não positivados na lei e, nos *hard cases* (casos difíceis), usar de sua originalidade discricionária.

2.2 DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

A filosofia da linguagem ordinária afirmava que as diver-

gências nas decisões judiciais decorriam do teor linguístico de imprecisão das regras jurídicas pertencentes a um sistema autorregulado. Esse sistema era formado por regras primárias com prescrição de deveres, obrigações de fazer e de não fazer, regras secundárias, que conferiam poderes de reconhecimento que limitavam os órgãos aplicadores, regras de alteração dirigidas aos órgãos criadores do direito, e de julgamento.

Em contrapartida, para Dworkin, o Direito era um sistema aberto e puro, no qual a prática jurídica e a teoria política caminham juntas e respeitam a legislação que é complemento do direito, seguem os precedentes judiciais e realizam o que se chamou de justiça. Os direitos jurídicos correspondem a uma função especial dos direitos políticos.

Assim, se a regra descreve o fato somente ela é válida para ser a ele aplicada. Mas se a regra não descreve o fato, usa-se a discricionariedade do juiz. Segundo Dworkin, se houver conflito entre princípios, aqueles ditos como mais relevantes pelo juiz serão aplicados e os que forem excluídos no caso prático continuam válidos para outras aplicações. Ao eleger o magistrado uma regra como a funcionalmente mais importante e válida, as demais descartadas não serão válidas.

Desse modo, casos iguais deveriam ser decididos igualmente, e casos difíceis assim considerados os *backgroundrights*, direitos da sociedade em abstrato, as regras jurídicas indeterminadas e ambíguas, ou situações nas quais inexistia regra explícita, deveriam ser decididos com o poder criativo do magistrado (discricionariedade).

Ao tratar das decisões de casos idênticos, não se restringe aqui à adoção do princípio da igualdade, mas de forma abrangente, à aplicação da equidade. A equidade parte do pressuposto de que o Estado e a comunidade estão comprometidos com os princípios que nascem do agir coletivo, da responsabilidade comunitária (sentido fraternal de obrigação).

Nesta acepção, os termos "Estado" e "comunidade" têm personalidade jurídica própria, como entidades distintas das pessoas que individualmente os integram (CHUEIRI, 1995, p. 123).

O Poder Legislativo baseia-se em princípios políticos para que o direito seja coerente, e esses princípios são levados em consideração pelo Poder Judiciário juntamente com os princípios morais implícitos e as provas carreadas em cada caso concreto sob julgamento. A harmonia dos Poderes não decorre do sistema de freios e contrapesos e sim da efetividade do mecanismo das responsabilidades recíprocas que concede a cada cidadão parcela da força de realizar o direito.

São *procedimentos moralmente justificados de distribuição de poder* (CHUEIRI, 1995, p. 123). O mercado do modelo político-liberal dá prevalência à isonomia, se necessário, em detrimento da liberdade da iniciativa privada. Para Dworkin, haveria uma "conexão racional" entre o direito e a moral, como justificativa moral do uso da força. O direito nesse aspecto assume uma função controladora do poder político.

Segundo esse autor, o direito tem validade complexa que envolve razões morais, éticas e pragmáticas (LUCHI, 2007, p. 163). Os padrões aplicados surgem da política cotidiana, e por isso, como se fosse um capítulo de uma novela literária, o magistrado se prepara para julgar com coerência em relação aos paradigmas passados e presentes (DWORKIN, 1999, p. 213-270). A coerência se estende às decisões políticas passadas e às fontes jurídicas do direito.

Nota-se, portanto, que a noção do direito como integridade traz uma nova concepção da decisão jurídica e da função do juiz na sua prolação, o que será abordado no capítulo seguinte.

3 DA NATUREZA DA DECISÃO JUDICIAL SEGUNDO DWORKIN

3.1 DA TESE DA RESPOSTA CERTA (JUIZ HÉRCULES)

Consoante a teoria de Dworkin (1999, p. 377-424), a interpretação do direito pelo juiz tem natureza construtiva e implica a valoração da teoria política e busca do fundamento na história, com uma estrutura argumentativa moralmente justificada. O juiz é então participante do significado do direito, porque retira da prática valores do mesmo universo linguístico que ele integra. Seu ponto de vista é interno. O significado é definido exatamente a partir da atividade de interpretação realizada na interação entre a intenção e objeto, considerado o momento interpretativo.

Ressalte-se que não se trata de condições objetivas, mas de valores que integram os paradigmas a serem aplicados pelo magistrado. Desse modo, segundo essa teoria, tão somente um juiz com alto poder investigativo, comparado a Hércules, seria intelectual ao ponto de tomar por base todas as leis e precedentes jurisprudenciais anteriores, deter o conhecimento de todas as normas e princípios implícitos e explícitos, para considerar a totalidade do direito válido e assim profir a decisão correta, única válida (IDEM). *O juiz Hércules reconcilia História e Justiça* (LUCHI, 2007, p. 164).

Segundo Dworkin, supera-se a lacuna da norma com princípios e decisões políticas mais adequadas para as partes. Contudo, o poder criativo do juiz tratado por busca a resposta certa dentro do sistema, ainda que implícito em princípios ou decisões políticas, e é portanto uma discricionariedade limitada, sendo vedada decisão diferente que a confronte. Em cada caso apenas uma decisão é a correta e válida.

Nesse ponto, a teoria dworkiana chega a se assemelhar com autopoiese sustentada pela teoria de Luhmann de que *os processos seletivos de filtragem conceitual estão no interior do sistema*, o que diferencia o sistema jurídico do meio ambiente no qual está inserido e

supostamente evitaria a determinação das decisões a partir de critérios externos tais como interesses e proposições políticos, econômicos, éticos e científicos (NEVES, 2008, p. 81-82).

A alegada neutralidade do sistema jurídico em relação ao sistema político é defendida por Luhmann, ao prever a natureza da Constituição no Estado de Direito como um acoplamento estrutural capaz de excluir as interferências políticas não positivadas (IDEM, p. 98). Esse viés, na verdade, é positivista porque busca respostas para os conflitos dentro do próprio direito pré-existente, não sendo inovador o poder criativo do juiz.

Considerando-se a pessoa do magistrado e todas as circunstâncias que o envolvem, as teorias sociais buscam justificar os fatores internos e externos que podem interferir na decisão judicial. É o que será tratado no contraponto do capítulo seguinte.

4 A VISÃO SOCIAL DO JULGADOR SEGUNDO JON ELSTER

Segundo Jon Elster (1994, p. 29-37), as instituições sociais e suas mudanças são resultado da ação e interação dos indivíduos. Os indivíduos, por sua vez, incluídos os magistrados, são detentores de desejos, inseridas as crenças e as probabilidades subjetivas. Eles tomam decisões em suas vidas, com base nas oportunidades que lhe são oferecidas em cada momento histórico, consideradas as coerções físicas, econômicas, legais e psicológicas.

A harmonia dos Poderes não decorre do sistema de freios e contrapesos e sim da efetividade do mecanismo das responsabilidades recíprocas que concede a cada cidadão parcela da força de realizar o direito.

Diante dos desejos e oportunidades, o indivíduo faz a escolha racional a partir de suas preocupações com os resultados e com os fatores indeterminados (evidências), levando em consideração ainda as normas sociais. Os desejos dependem das preferências pessoais, carências, vontades, motivações, são características de cada indivíduo em particular. Já as oportunidades correspondem aos fatores externos que influenciam no comportamento do ser social. Estas são objetivas e dizem respeito ao mundo externo que

circunda determinado indivíduo.

A decisão nada mais é que a adaptação e ajustamento inconsciente ao conjunto de oportunidades, levando-se em consideração as emoções (circunstâncias externas). Inobstante a possibilidade de ações espontâneas, a decisão normalmente é tomada visando resultados, e, por isso, é escolhido o que se acredita ser o melhor meio para alcançá-los.

Extrai-se da mitologia grega a história de Ulisses e as sereias para ilustrar a capacidade humana de enfrentar as oportunidades e fazer a escolha racional de suas decisões. Jon Elster ilustra a ação humana e a decisão a partir desse exemplo de Ulisses e as sereias, segundo o qual Ulisses, para evitar interferências externas (sofrer o encanto com a cantoria das sereias) na escolha racional de seguir viagem, monta uma estratégia para impedir que a oportunidade surja (ELSTER, 1994, p. 35-36) e consegue atingir seu objetivo.

Tal teoria faz referência às escolhas humanas como um jogo cheio de estratégias. Todavia, alerta o autor que não se tem como evitar o fracasso, uma vez que se escolhe o meio que se acredita ser o melhor, mas nem sempre o é. Ele propõe que a verdade que se quer alcançar é a relação entre a crença e aquilo sobre o que é a crença.

Para fazer escolha tomam-se por base também as evidências, que aqui podem ser interpretadas como o que é real, palpável, provado. Entretanto, também elas podem ser insuficientes, por-

que quando se trata de fatos e de ação humana trabalha-se com probabilidades e não com certezas absolutas. Ademais, como as escolhas são interdependentes, as falhas dessa espécie de escolha racional são apontadas por Jon Elster inclusive quando as predições não ocorrem ou outras pessoas não se adaptam a elas. (IDEM, p. 47).

O autor alerta ainda para situações em que a decisão deve ser pautada pela intuição, sendo ineficaz a escolha racional. (IDEM, p. 53). Além disso, aponta as falhas

da escolha racional quando se age em contradição com seus próprios desejos, quando se erra irracionalmente na escolha, quando se sofrem as interferências das paixões, quando não se tem a melhor crença em face da insuficiência das evidências disponíveis, quando se ignoram as estatísticas como “princípios elementares de inferência” e se adotam parâmetros aleatórios e sem base científica para fixar as probabilidades de resultado, ou mesmo quando os desejos são irracionais. Não se pode excluir ainda o inconsciente humano, que promoverá a motivação para o presente e dificultará a estratégia para o alcance futuro de resultados.

Considerando a pessoa do magistrado e todas as circunstâncias que o envolvem, as teorias sociais buscam justificar os fatores internos e externos que podem interferir na decisão judicial. É o que será tratado no contraponto do capítulo seguinte.

Nota-se que essa teoria social contrapõe a ideia de Dworkin de que seria possível ao julgador “Hércules” a escolha racional da melhor decisão judicial para a solução de determinado conflito concreto. Segundo a sociologia de Jon Elster, o julgador, ainda que se baseie nas evidências do fato concreto, nas normas explícitas e implícitas e precedentes que, em sua crença, melhor se apliquem a situação, estaria sujeito às indeterminações que poderiam mudar o curso de sua vontade de decidir daquela forma, como ocorreu com Ulisses ao ouvir o canto das sereias.

Resta saber se o Poder Judiciário pátrio ao julgar questões constitucionais tributárias segue estritamente o que está expresso, ainda que de forma implícita no direito, estando vinculado a precedentes genéricos, ou leva em consideração as indeterminações de cada caso concreto para criar alternativas de pacificação social. É o que será analisado no próximo capítulo.

5 A DECISÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SEGUNDO O MODELO PROPOSTO PELA TEORIA DE MARCELO NEVES

No contexto da modernidade ora esposado, Marcelo Neves criou uma proposta de equilíbrio entre a teoria sistêmica do modelo Luhmaniano, ao que parece seguida pela teoria da integridade do direito de Dworkin, e a subjetividade prevalecente do meio ambiente segundo a teoria comunicativa de Habermas, que vincula a legitimidade da ordem jurídica aos princípios morais (*autonomia moral do direito perante os meios ‘poder’ e ‘dinheiro’*).

Aparentemente poderia se estender a referida proposta também para conciliar a visão positivista de Dworkin e a subjetividade das decisões descortinada pela teoria de Jon Elster.

Trata-se de um modelo conciliador do *poder eficiente* (poder político com referência legitimadora) com o *direito legitimador* (direito que não se mantém como abstração) (NEVES, 2008, p. XVIII-XIX). *Uma relação horizontal e construtiva, sem subjugações ou submissões, entre Têmis e Leviatã, que lhes possibilite enfrentar os graves problemas da sociedade mundial do presente.* (IDEM, p. XX).

Para Marcelo Neves, o dissenso corrente no *mundo da vida* deve ser absorvido pelo *consenso procedimental*, por meio do

qual as teorias de Luhmann e Habermas se complementariam. Para ele a linguagem cotidiana e o *mundo da vida*, ou seja, as relações sociais, servem de pedra fundante para a *construção sistêmica* (IDEM, p. 124-126).

Alerta essa nova teoria que a compreensão da mensagem transmitida, inclusive em relação às decisões judiciais, tão somente é alcançada pela *interação intersubjetiva concreta: em parte, por força de uma semântica social generalizada no plano da linguagem natural, em parte por força dos sentidos construídos no particularismo da interação.* (IDEM, p. 126).

O Estado democrático de Direito seria então caracterizado pelo pluralismo, mediante o qual a Constituição garantiria a diversidade de *valores, expectativas e interesses conflitantes* expressados na sociedade (dissenso social), com tratamento igualitário, garantindo-lhes um significado político e jurídico generalizado (IDEM, p. 132).

Mas o autor adverte que haveria uma *seleção sistêmica* sobre as normas jurídicas e decisões políticas, que tão somente teriam legitimidade, no Estado democrático de Direito, se não privilegiasse ou excluísse da tutela constitucional interesses e valores do dissenso social (IDEM, p. 133).

O papel da Constituição, portanto, seria de interação entre direito, política, e esfera pública, e, para esta última, converge o mundo da vida, a ciência, a educação, a família, a arte, a religião, a economia, dentre outros.

Segundo esta teoria: *A esfera pública, nesse sentido amplo, torna-se um campo complexo de tensão entre direito e política como sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição, de um lado, e mundo da vida e outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade (economia, ciência, religião etc.), de outro. Nesse campo de tensão não há um dissenso estrutural e, pois, amplos conflitos em torno de expectativas normativas, valores e interesses apenas, mas também entre os diversos discursos que nele emergem e no interior deles.* (NEVES, 2008, p. 133-134).

Contudo, a teoria aponta para a problemática da sociedade contemporânea sob pressões econômica e técnica mundial, além do fundamentalismo e fortificação de etnias (IDEM, p. 215). Cria-se uma *sociedade mundial moderna* que prevalece sobre o Estado em particular.

Em relação a esse ponto, destaquem-se, por exemplo, as exigências do Banco Mundial no documento 319 para a reforma do processo civil brasileiro, dentre as quais se enfatiza a vinculação dos precedentes das Cortes Superiores de Justiça, ainda que proferidas monocraticamente¹.

E complementa Marcelo Neves ao se referir à situação brasileira: *Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico “ter/ não ter” e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político.* (NEVES, 2008, p. 245).

E conclui a teoria que não basta a positivação na Constituição legitimadora do Estado democrático de Direito para que ele se faça presente. Exige-se a sua concretização, entretanto dependente de variáveis sociais, econômicas, culturais e políticas (NEVES, 2008, p. 257-258).

É possível identificar nuances e elementos das teorias de Dworkin, Jon Elster e Marcelo Neves nas decisões de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais inter-

mediários, a teor de precedentes sobre o caso complexo da incidência da Cofins sobre sociedades profissionais de prestação de serviços, amostra analisada no capítulo seguinte.

6 O CASO COMPLEXO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DA COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINS SOCIAIS SOBRE AS SOCIEDADES DE ADVOCACIA

Como amostra estatística, para avaliar o perfil das decisões judiciais de constitucionalidade, foram analisados os precedentes prolatados pela Corte Suprema que instituíram novo paradigma decisório utilizado pelas Cortes Federais Regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Lei Complementar n. 70/1991, previu na redação originária do art. 6º, inc. II, que *são isentas da contribuição as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987*. Posteriormente, a lei ordinária n. 9.430/1996 trouxe, em seu art. 56, a revogação da aludida isenção.

A Corte Superior de Justiça, cuja competência segundo a Constituição Federal, abrange a fixação de interpretação infraconstitucional prevalecte e vinculante aos demais órgãos judicantes, editou a Súmula n. 276, reconhecendo a isenção das sociedades civis de prestação de serviços em relação à Cofins, independentemente do regime tributário de apuração, se lucro presumido ou real.

Esse precedente jurisprudencial foi seguido incondicionalmente mesmo após a tentativa do Poder Legislativo de revogação da isenção por lei ordinária, porque se entendeu que a matéria era afeta exclusivamente à lei complementar.

Contudo, em setembro de 2008, a Corte Suprema, competente para fixar interpretação constitucional vinculativa a todos os órgãos judicantes, proferiu decisão plenária nos autos do Recurso Extraordinário n. 377.457-3/PR, validando a revogação da isenção da Cofins por reconhecer a matéria de tributação de competência de lei ordinária.

Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula 276 com a decisão na Ação Rescisória n. 3.761/PR prolatada pela Primeira Seção em novembro de 2008. Foram inúmeras

as decisões das Cortes Federais Regionais que apenas reproduziram o precedente do Supremo Tribunal Federal, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, ou sequer situações em que existia a coisa julgada reconhecida da isenção dos contribuintes.

É cediço que o sistema de controle de constitucionalidade pátrio é dotado de força vinculante e *erga omnes*, mas será que essa imposição de paradigma como melhor decisão em última instância sobre matéria constitucional seria a única válida, como defende a teoria de Dworkin? Ou seria permitido ao magistrado diante das evidências, de sua subjetividade e das oportunidades possíveis exercer o poder criativo para afastar os efeitos desse precedente em determinado caso concreto?

Para testar as hipóteses supra, foram analisados, conforme banco de dados eletrônico dos sites oficiais do Poder Judiciário Federal, todos os acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais regionais federais em ações rescisórias, em data posterior ao precedente vinculativo do Supremo Tribunal Federal (novembro de 2008).

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões, após o precedente da Corte Suprema, decidiram pela inexistência dos acórdãos ainda que transitados em julgado antes da mudança de paradigma, e rescindiram integralmente as decisões anteriores de forma retroativa.

Ressalte-se a visão extremamente legalista dos precedentes supra, que tão somente se eximiram de emitir um juízo próprio de valor uma vez que o precedente da Corte Suprema não envolvia o instituto da coisa julgada, tampouco a segurança jurídica e a boa-fé dos contribuintes surpreendidos com a mudança de paradigma.

Nesse caso, os magistrados e desembargadores poderiam ter selecionado variações de decisões a partir de possibilidades previstas no próprio sistema, usando fundamentos positivos tais como a prevalência da coisa julgada, a segurança jurídica, e a boa-fé do contribuinte.

Ao que parece, o comportamento de simples reprodução do precedente da Suprema Corte remonta à ideia de Dworkin de que a única decisão correta e válida seria aquela prolatada pelo Supre-

mo Tribunal Federal, incumbindo a este a função judicante de um verdadeiro “Hércules”.

Mas não seria um caso complexo a situação dos contribuintes isentos da Cofins por decisão anterior transitada em julgado? Envolvem-se aqui discussões acerca de tensões de princípios e regras em que poderia o magistrado utilizar seu poder criativo, ainda que limitado ao direito pré-existente, como defende a teoria da integridade do direito?

Note-se que, no caso em apreço, a retroatividade dos efeitos da decisão de constitucionalidade do STF e o cancelamento da Súmula 276 do STJ significaram um aumento significativo de receita para os cofres públicos, uma vez que todas as sociedades civis de prestação de serviços legalmente habilitadas passaram a ser tributadas pela Cofins o seu faturamento, retroativamente pelo período de cinco anos.

Em contrapartida, caso fosse afastado o efeito do precedente decisório constitucional, a União deixaria de receber tal receita para incremento de seu orçamento, o que poderia causar insegurança a investidores do mercado estrangeiro.

Os outros 10% dos acórdãos pesquisados foram prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que inovou e levou em consideração peculiaridades do caso concreto, ponderando os efeitos vinculativos da decisão da Suprema Corte (AR 5471/PE e AR 6025/CE).

Verificou-se, portanto, que fatores externos, indeterminados influenciaram a decisão dos desembargadores federais da 5ª Região e obviamente alteraram a sua subjetividade e escolhas das oportunidades possíveis que integram o próprio direito reconhecido também nos princípios, sobretudo na proporcionalidade da medida judicial punitiva.

Nesse precedente ficaram evidentes as implicações sociais que envolveram a tomada de decisão dos julgadores. É a influência determinante do meio ambiente e das inclinações pessoais dos julgadores. Mas, ao que parece, há divergências de interpretações deste mesmo direito que justificaram validamente o precedente do Tribunal da 5ª Região.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica como construção humana, remete-nos a divergências interpretativas ora de natureza legalista e desin-

teressada, ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas. Ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema, ora com interesses externos motivadores pela política, que inclusive define a composição da Corte Suprema de julgamento e das Cortes Regionais Federais (ministros e desembargadores escolhidos pelo presidente da República).

Neste ponto, deve-se partir do caso concreto para saber qual a melhor decisão para a aplicação do direito, e, ainda assim, a análise quanto à sua justiça dependerá do ponto de vista, dos interesses e desejos do observador-julgador e das pressões externas por ele sofridas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise da teoria da integridade de Dworkin, da teoria social de Jon Elster, e da concepção do Estado democrático de Direito segundo a teoria de Marcelo Neves, foi possível traçar alguns fatores subjetivos e externos que influenciam a tomada de uma decisão judicial de constitucionalidade.

A partir da amostra de um caso complexo, foi possível analisar o perfil da Corte Constitucional e das Cortes Federais pátrias em um dado momento da história, e perceber que as divergências interpretativas são influenciadas, ora por um discurso legalista que exige os julgadores de responsabilidade, ora como poder criativo do juiz influenciado nitidamente por fatores externos indeterminados.

Para evitar que leis inconstitucionais sejam validadas em desrespeito ao princípio da supremacia, e que impere no país a insegurança jurídica de quem de boa-fé agiu com base em ato normativo inconstitucional, ou que reiteradas declarações de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, aflijam a ordem jurídica, necessária a ponderação dos princípios constitucionais na aplicação do Direito. Em verdade, essa ponderação e a melhor escolha racional decisória dependerão do ponto de vista do observador, considerando suas subjetividades e interesses.

Como quem decide é o magistrado, o teor decisório também dependerá se ele se coloca como participante da situação sob julgamento ou como mero observador externo, e também de suas convicções pessoais, interesses e fatores de coerção externa às vezes impostos pela situação de desigualdade que envolve as partes litigantes.

De fato, a racionalidade da decisão não está dissociada da pessoa do julgador nem mesmo se este se achar tão competente e completo como um “Hércules” ou tão repleto de estratégias como um “Ulisses”.

O que se percebe nas Cortes Federais é que se preferiu delegar à Suprema Corte a responsabilidade pela criação do paradigma constitucional vinculante, independentemente das peculiaridades do caso concreto, talvez por questões subjetivas, pressões políticas e econômicas, ou ainda por desinteresse em utilizar o poder criativo do magistrado para se manter “neutro” perante as reações de natureza social.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade e um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 1994.
- LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *Revista da Ajuris*, v. 34, n.17, setembro de 2007.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Artigo recebido em 24/5/2012.

Artigo aprovado em 21/8/2012.

NOTA

- 1 Documento 319 do Banco Mundial. Fonte: < <http://www.sitraemg.org.br/conheca-o-documento-319-do-banco-mundial/>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

Hélio Ourém Campos é juiz federal e professor titular da Universidade Católica de Pernambuco, em Recife-PE.

Luciana de Assunção Macieira Bandeira é assessora jurídica, atuante na Vara Especializada em Execuções Fiscais do Estado de Pernambuco, em Recife-PE.