

MARCADORES DO PRAGMATISMO EM DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO TRIBUTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS

Alessandra Oitaven Pearce de Carvalho Monteiro¹⁻²

RESUMO

O artigo busca sugerir uma lista de marcadores textuais que indiquem a presença de uma postura pragmática nas decisões judiciais referentes aos conflitos que envolvem tributação de novas tecnologias. Tomando-se por base as características do pragmatismo do cotidiano elencadas por Richard Posner, analisa-se os argumentos e posturas discursivas que são frequentemente utilizados por advogados e juízes nessa espécie de conflito e sugere-se em que medida tais argumentos se aproximam ou se distanciam do pragmatismo. A finalidade do estudo é facilitar a identificação da postura pragmática em pesquisas qualitativas futuras; aproximar a academia da prática jurídica e, em último nível, colaborar para um incremento de segurança jurídica no sistema.

Palavras chaves: tributação; novas tecnologias; pragmatismo; pesquisa empírica.

1 INTRODUÇÃO

A virtualização (ou desmaterialização) dos bens, serviços e relações econômicas tem imposto um desafio à doutrina e jurisprudência brasileira em questões de direito tributário, especialmente no que se refere à caracterização dos aspectos material e especial dos fatos geradores de tributos que incidem sobre o consumo e o patrimônio. Nos últimos anos, por exemplo, o STF (Supremo Tribunal Federal) foi instado a se manifestar diversas vezes sobre a competência tributária para tributação de softwares, oscilando, aparentemente, entre posições que ora indicavam tal competência aos estados-membros, ora indicavam tal competência aos municípios. Tal oscilação, contudo, tem gerado um déficit de segurança jurídica para operações de mercado que envolvam tecnologias inovadoras e disruptivas, uma vez que não tem sido possível prever

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (menção em Constitucional) pela Universidade de Coimbra. Professora da Unifacs e da Estácio. Advogada.

² Este artigo foi produzido no âmbito do programa da “Pesquisa Produtividade” da Estácio Bahia.

adequadamente qual será o posicionamento da suprema corte acerca de tais conflitos tributários.

Diante de tal contexto, entende-se que cabe à academia jurídica colaborar para um incremento da segurança jurídica do sistema. Tal tarefa pode ser desempenhada de várias formas: exercendo-se um “constrangimento epistêmico” sobre as decisões judiciais, expressão utilizada por Lênio Streck (2020); publicando-se doutrina de qualidade e realizando-se pesquisas empíricas que expliquem o comportamento e pensamento dos juízes.

Relação a esta última tarefa, considera-se que um modo de explicar o pensamento dos juízes é por meio da tentativa de identificação do tipo de argumentos e preocupações que surgem com mais frequência nas decisões judiciais. Quais são os fatores que tendem a conformar – ou que deveriam conformar – mais as decisões dos juízes brasileiros? Correntes hermenêuticas diferentes conferem respostas diversas para tal pergunta.

O presente artigo busca, desse modo, construir marcadores textuais típicos da corrente hermenêutica chamada “pragmatismo” (na vertente “pragmatismo do cotidiano”) em conflitos que versem sobre tributação de novas tecnologias. A identificação teórica de tais marcadores poderá auxiliar na realização de futuras pesquisas empíricas qualitativas (ou até quantitativas) que tenham por objetivo detectar possíveis tendências dos tribunais brasileiros a uma adjudicação pragmática dos conflitos tributários. Por sua vez, a compreensão do estilo de raciocínio dos julgadores brasileiros (pragmático; formalista; coerentista etc.) é relevante para que seja possível auxiliar advogados e a própria fazenda pública a prever o comportamento dos tribunais e, assim, incrementar a segurança jurídica do sistema. Esse objetivo está em conformidade com a sugestão feita por Posner (2016) de que a academia poderia se aproximar e contribuir mais com o judiciário por meio do empirismo.

O recorte do tema em conflitos que envolvam tributação de novas tecnologias não é por acaso: como será visto nos tópicos 3 e 4, o pragmatismo tem como uma de suas características centrais ser “*forward looking*”, ou seja, “voltado para o futuro”. Nesse caso, não há campo melhor para se verificar a presença de um raciocínio pragmático das cortes do que aquele em que o cerne da discussão está justamente no enfrentamento do dilema “passado vs. Futuro”. Ora, é precisamente esse o centro dos conflitos envolvendo tributação de novas tecnologias: os juízes, ao julgarem esse tipo de conflito, são forçados

a enfrentar o problema da adequação do direito aos “novos tempos” e, assim, a expor suas feições pragmáticas ou anti pragmáticas.

Os marcadores textuais serão construídos em conformidade com a técnica de “análise de conteúdo”, utilizada em pesquisas empírica qualitativas. Detalharemos adequadamente tal metodologia no tópico 2. Todavia, adianta-se, desde já, que a construção de marcadores textuais para pesquisas empíricas qualitativas exige tanto a seleção de um marco teórico, quanto uma leitura prévia de uma amostra dos dados que serão trabalhados. Seguindo tais orientações, estabelecemos, no tópico 3 as características centrais do pragmatismo. Em seguida, no tópico 4, inferimos argumentos e expressões que indicariam uma orientação pragmática das cortes.

2 APROFUNDAMENTO METODOLÓGICO

A análise de conteúdo, conjunto de técnicas metodológicas que vem sendo desenvolvido a partir da década de 1970 especialmente para o âmbito das pesquisas qualitativas, busca desvendar “o que está por trás dos conteúdos manifestos, indo além das aparências do que está sendo comunicado” (GOMES, 1993, p.84). Por exemplo, a análise de conteúdo pode servir para identificar estilos literários ou descrever a personalidade de um romancista e para desvendar ideologias subjacentes a livros didáticos (Gomes, 1993, p.84) ou, como é o caso do presente trabalho, para desvendar ideologias ou preferências hermenêuticas de juízes. De acordo com Bardin (1979, p.42), a análise de conteúdo pode ser conceituada como:

conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens.

Gomes (1993) explica que os procedimentos metodológicos da análise de conteúdo envolvem algumas etapas que não necessariamente ocorrem de forma sequencial: categorização; inferência e interpretação.

A categorização se inicia com a decomposição do material em partes e reagrupamento do material em categorias temáticas pertinentes ao marco teórico utilizado. No presente caso, o material a ser analisado são textos doutrinários acerca da tributação de novas tecnologias e dois acórdãos do STF: o acórdão conjunto referente às

Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.945 e 5.659 e o RE 176.626-3-SP. Estes acórdãos foram escolhidos por versarem sobre o mesmo tema (tributação de *software*), porém com duas décadas de distância. Já o marco teórico é a corrente hermenêutica do pragmatismo, em sua versão “pragmatismo do cotidiano”, cujo aprofundamento será realizado no tópico 3.

As categorias são construídas por unidades de registro, que podem ser palavras, frases, orações ou até mesmo “temas” (unidade maior em torno do qual pode-se retirar uma conclusão). Para a presente pesquisa, iremos trabalhar com *topoi* (lugares comuns utilizados, no dia a dia, como ponto de partida para argumentação) e sínteses de argumentos como unidades de registro. A construção das categorias se dará a partir da percepção teórica das características do pragmatismo.

A partir do resultado da categorização, o pesquisador pode fazer inferências, ampliando o rol de premissas que podem ser retirados do texto. Explicando melhor: a inferência é um modo de raciocínio pelo qual o indivíduo, diante de determinadas premissas dada como certas, conclui pela existência de outras premissas por probabilidade. É por isso que Bardin (1979, p.39) compara, metaforicamente, o trabalho do analista e do arqueólogo: ambos se deparam com vestígios que estão na superfície das mensagens e, a partir de tais vestígios, saltam para conclusões prováveis. Para fazer boas inferências, adverte Gomes (1993, p.90), é preciso que o pesquisador tenha um conhecimento prévio o contexto do material a ser analisado. Caso contrário, não conseguirá fazer “saltos” de raciocínio adequados.

Ressalte-se que o procedimento de categorização e inferência, conforme relatado por Gomes (1979), tende a ser indutivo: primeiro, encontra-se “repetições” nos textos analisados e, observando-se tais repetições, cria-se categoria temática adequadas para abarcá-las. Após a criação de tais categorias, faz-se inferências sobre novos conteúdos. No presente trabalho, contudo, faremos o caminho inverso: partiremos de categorias já formadas teoricamente (as “características do pragmatismo”, listadas nos tópicos 3 e 4) e buscaremos, com o auxílio dos acórdãos referidos anteriormente, dos textos doutrinários e de conhecimentos prévios acerca do contexto de conflitos tributários, sugerir marcadores (ou, nos termos de Bardin, indicadores) do pragmatismo.

Por fim, a “última” etapa é a “interpretação”. Com esse procedimento, busca-se ir além do material, “conferindo um grau de significação mais amplo aos conteúdos analisados” (GOMES, 1993, p. 85). Por exemplo, essa seria a etapa em que, por exemplo, um ou vários acórdãos seriam analisados detalhadamente com o objetivo de se aferir se

há, ou não, uma orientação pragmática nas cortes. Essa etapa, contudo, não faz parte, diretamente, do objetivo desse trabalho, pois não nos propomos, aqui, a analisar diretamente o comportamento dos tribunais (nem mesmo do STF), mas apenas a fornecer instrumentos teórico-metodológicos que sustentem pesquisas futuras.

3 MATRIZ TEÓRICA: AS CARACTERÍSTICAS DO PRAGMATISMO DO COTIDIANO

O pragmatismo, como corrente do pensamento filosófico, surge nos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX, tendo como principais expositores Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. A característica fundamental do pragmatismo filosófico, segundo Posner (2003, p.24), reside em uma rejeição geral das crenças tipicamente platônicas, quais sejam: a crença em entidades metafísicas da filosofia – tais como as “formas de Platão”, os “deuses”, o “númeno de Kant”, a ideia do “universo como ele realmente é” (típica dos “realistas científicos”) e a crença de que seria possível investigar e captar, racionalmente, verdades profundas sobre a ética, política e a ciência. Ao contrário dos platônicos, os pragmáticos tendem a desconfiar da capacidade humana de compreender verdades por meio da especulação e abstração, e confiam mais no empirismo como método superior de investigação.

Por volta da mesma época, outra macro corrente da filosofia, o positivismo lógico (que inclui o “empirismo lógico”, o “Círculo de Viena” e o “primeiro Wittgenstein”), esforçava-se para “banir para escuridão sem fim a teologia, a filosofia moral, as especulações transcendentais e a teoria política – em outras palavras, grande parte da tradição filosófica ortodoxa” (POSNER, 2003, p. 25). Com isso, houve uma bifurcação do pensamento pragmático no início dos anos 50: de um lado, o “pragmatismo ortodoxo”; do outro lado, o “pragmatismo não ortodoxo ou não conformista”. As duas correntes compartilham o desdém pela empreitada fundamental da epistemologia ocidental clássica, que consiste na tentativa de estabelecer as condições de possibilidade do conhecimento, seja ele científico, moral ou político. A epistemologia clássica, de matriz platônica, costuma perguntar “em quais condições posso afirmar a verdade de uma proposição?” e, para responder a tal pergunta, busca um ou alguns elementos que possam constituir, para todos os casos, a verdade de uma proposição.

O pragmatismo ortodoxo/fundacionista contesta a possibilidade de se responder à pergunta fundamental da epistemologia clássica, engajando-se, para isso, em debate

contra os objetivistas platônicos acerca das “possibilidades e condições da verdade”. Por isso, o pragmatismo ortodoxo é considerado ceticista, embora seja alcunhado de “ortodoxo” por falar ainda de “dentro da tradição”. Já o pragmatismo não ortodoxo (antifundacionista) romperia com a tradição platônica ao não se engajar, de qualquer modo, no debate epistemológico sobre as “possibilidade e condições da verdade e do conhecimento”. Para esse ramo do pragmatismo, seria completamente irrelevante compreender os fundamentos da “verdade”, e mais ainda descobrir se tais fundamentos existem, ou não. O sentido do termo “verdade”, para o pragmatista não ortodoxo, é exatamente o sentido assumido pelo cotidiano: algo que parece ser verdadeiro, bom e que “funciona”. É suficiente, dizem os pragmatistas não ortodoxos, saber que os prédios estão firmes no chão, que os aviões são seguros para voar e que as doenças sejam tratadas. Não precisamos explicar qual é o *status* epistemológico das fórmulas químicas, físicas, matemáticas e biológicas. Basta que o *resultado* da empreitada científica *funcione*, no sentido de que forneça aos seres humanos algo que estes valorizem³.

Com o pragmatismo filosófico se espalhando em várias abordagens distintas⁴, seu “tom” anti idealista e empirista começou a ser espalhar para o direito ainda no início do século XX, sendo notado especialmente na jurisprudência de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo e os realistas das décadas de 20 e 30. Considera-se, contudo, que foi apenas no final do século XX que a academia jurídica dos Estados Unidos voltou a dar relevância ao pragmatismo, especialmente em razão dos trabalhos de Stanley Fish e Richard Posner. O último autor passou a defender, no final da década de 90, uma versão do pragmatismo para o direito que chamou de “pragmatismo do cotidiano” (*everyday pragmatism*). É essa versão do pragmatismo que será utilizada como matriz teórica do presente trabalho.

O pragmatismo do cotidiano retira das várias versões do pragmatismo filosófico uma “postura” ou “tom” (*pragmatist mood*) que, ao conjugar várias características tipológicas em diferentes intensidades, formaria uma “figura global” pragmática: “praticidade”, “instrumentalidade”, “consequencialismo”, “ativismo”, “empirismo”,

³ A distinção entre uma abordagem pragmatista antifundacionista e uma abordagem platônica fundacionista pode ser visualizar em Warner (2010, pp.406-414). Nesse texto, Richard Warner tenta traçar um fundamento de legitimação para normas jurídicas (“por que devemos obedecer a determinadas leis, mas a outras não?”), comparando as abordagens de Catherine Wells e de Richard Wright, chegando a conclusão que, para um pragmatismo rortiano, tal fundamentação seria impossível de ser encontrada em um princípio teórico.

⁴ Para uma compreensão mais profunda das diferentes abordagens do pragmatismo filosófico, ver Russel (2016), De Waals (2007) e Tamanaha (2006).

“ceticismo”, “antidogmatismo” e “experimentalismo” são os elementos que tipificam tal postura (POSNER, 1995, p.11). O conteúdo de cada característica será desenvolvido no próximo tópico. Por enquanto, basta compreender que, mais do que um conjunto de ideias ou premissas, o pragmatismo do cotidiano é uma atitude mental semelhante à da pessoa média, que, no dia a dia de seus afazeres práticos, desdenha da teoria abstrata, da pretensiosidade dos intelectuais e dos sonhos utópicos. É a postura que está enraizada especialmente na cultura da sociedade dos Estados Unidos: uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva e comercial. Como diz Posner:

A última coisa que um comerciante quer é uma discussão com um cliente sobre assuntos fundamentais, o tipo de debate que aborrece por contestar seu modo de vida... Os mercados são um meio de capacitar estranhos potencialmente avessos a transacionar de forma pacífica uns com os outros, e uma relação superficial, na qual todas as questões profundas são equiparadas, é a base mais produtiva sobre a qual lidar com estranhos (POSNER, 2003, p. 24). (Tradução nossa).

O problema é que, pelo fato do pragmatismo do cotidiano se tratar mais de uma “postura” do que de um corpo de ideias bem estruturadas, pode ser difícil reconhecer, na prática, quais decisões possuem um fundo pragmático (o que representa, em certo sentido, um paradoxo). Primeiro, porque o pragmatismo do cotidiano é materialmente vazio, ou seja, não possui um corpo de premissas de ordem ética que sustente a correção das decisões práticas (por isso que se diz que o pragmatismo do cotidiano é “anti fundacionista”). Assim, é impossível comparar diretamente a substância de uma decisão real com aquilo que seria, idealmente, a substância de uma decisão pragmática, uma vez que o pragmatismo não tem uma substância própria. Depois, porque o pragmatismo se orienta, em última instância, por uma lógica de razoabilidade e bom senso que o posiciona constantemente entre “extremos” de uma balança. Veja-se, por exemplo, os seguintes trechos que ilustram a tentativa de equilíbrio dos pragmáticos:

O pragmatismo é tanto a favor quanto contra o senso comum. (POSNER, 1995, p.11). (Tradução nossa).

Sendo cético e relativista, o pragmatismo rejeita o ceticismo e o relativismo. (POSNER, 1995, p.5). (Tradução nossa).

O pragmatismo acredita no progresso sem pretender ser capaz de defini-lo. (POSNER, 1995, p.6). (Tradução nossa).

Trata-se de uma filosofia do aperfeiçoamento – o que não quer

dizer que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista. (POSNER, 1995, p.5). (Tradução nossa).

O pragmatista, ou, ao menos, o meu tipo de pragmatismo (...), é empirista (...). Ao mesmo tempo, ele é cético quanto à tese de que alguém pode possuir uma convicção fundamentada de ter alcançado a verdade definitiva sobre alguma coisa. (POSNER, 1995, p.5). (Tradução nossa).

Contudo, embora a tarefa de reconhecer, na prática, uma decisão de caráter pragmático seja desafiadora, tal tarefa não é impossível de ser realizada. No próximo tópico, iremos sugerir marcadores textuais que indiquem a presença da postura pragmática nas decisões judiciais.

4 MARCADORES TEXTUAIS QUE INDICAM ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA

No tópico anterior, elencamos as características que formam a figura global da postura pragmática: “praticidade”, “instrumentalidade”, “consequencialismo”, “ativismo”, “empirismo”, “ceticismo”, “antidogmatismo” e “experimentalismo”. Nesse tópico, buscaremos identificar/construir/inferir marcadores textuais que indiquem a presença de tais características nos argumentos utilizados por juízes para fundamentarem suas decisões em conflitos relacionados à tributação de novas tecnologias. Ressaltamos que os marcadores são construídos pensando-se, especificamente, nos conflitos que versam sobre tributação de novas tecnologias, mas consideramos ser possível aplicá-los em outros tipos de conflitos tributários, com as devidas adaptações.

4.1 Praticidade e instrumentalidade

As características da “praticidade” e “instrumentalidade” podem ser explicadas como uma oposição às abordagens “essencialistas”. O pragmático se importa com aquilo que é útil ao ser humano, e não com o que, abstrata e idealisticamente, seja a “verdade” ou o “certo”. O direito serve ao ser humano, as formas servem ao conteúdo e conceitos servem para facilitar a linguagem, não vice-versa. Nesse sentido, o papel do juiz é resolver conflitos práticos, e não elaborar problematizações conceituais, distinções e discursos onde não seja estritamente necessário. Nesse ponto, lembramos que Peirce ([s.d], p.388-410) já defendia que um conceito deveria ser formulado em atenção aos seus efeitos práticos no mundo. James, por sua vez, reforça tal compreensão na segunda conferência

sobre o pragmatismo (“O que significa o pragmatismo”) por meio de uma estória bem humorada:

Alguns anos atrás, participando de uma festa campestre nas montanhas, retornava de uma perambulação solitária, quando encontrei a todos ocupados em uma feroz disputa metafísica. O corpus da disputa era um esquilo - um esquilo vivo que se supunha estar agarrado a um lado de uma árvore; enquanto do outro lado, oposto da árvore, imaginava-se estar um ser humano. Essa testemunha humana tenta ver o esquilo movendo-se rapidamente em torno da árvore, mas, não importa quão rápida se mova, o esquilo se movimenta também rapidamente na direção oposta, e sempre mantém a árvore entre si e o homem, de maneira que jamais o tem em vista. O problema metafísico resultante agora é este: O homem anda em torno do esquilo ou não? Ele anda em torno da árvore, certo, e o esquilo está na árvore; ele anda, porém, em torno do esquilo? Na ilimitada ociosidade da vastidão, a discussão não havia chegado a nenhuma conclusão. Todos tinham tomado partido, e obstinadamente; e o número de contendores em cada lado se igualava. Cada lado, quando apareci, portanto apelou para mim para fazer a maioria. Atento ao adágio escolástico de que sempre que se encontra uma contradição deve-se fazer uma distinção, imediatamente procurei e encontrei uma, como se segue. ‘O lado que está certo’, disse, vai depender do que se entende praticamente por ‘ir em torno’ do esquilo. Se se entende passar do norte dele para o leste, então para o sul, então para o oeste, e então para o norte dele de novo, é óbvio que o homem vai em torno dele, pois ocupa essas posições sucessivas. Se, porém, ao contrário, entende-se que primeiro está em frente a ele, então, à sua direita, então atrás, então à esquerda, e finalmente, de novo em frente dele, é completamente óbvio que o homem deixa de ir em torno do esquilo, pois, pelos movimentos compensadores que o esquilo faz, mantém o seu ventre voltado para o homem todo o tempo, e as suas costas voltadas para o lado oposto. Faça-se a distinção, e não haverá ocasião para qualquer disputa posterior. Os dois lados estão ao mesmo tempo certos e errados, de acordo com o que se conceba em relação à locução ‘ir em torno’, em um sentido prático ou em outro.” Embora um ou dois dos disputantes mais inflamados dissessem que minha resposta fora uma evasiva, argumentando que queriam não subterfúgios ou disputas escolásticas, mas uma definição honesta da expressão “em torno”, a maioria parecia pensar que a distinção havia decidido o debate. Narro este episódio banal porque é um exemplo peculiarmente simples do que desejo agora falar como sendo o método pragmático. O método pragmático é, primariamente, um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente. É o mundo um ou muitos? - predestinado ou livre? - material ou espiritual? - eis aqui noções, quaisquer das quais podem ou não ser verdadeiras para o mundo; e as disputas em relação a tais noções são intermináveis. O método pragmático nesses casos é tentar interpretar cada noção traçando as suas consequências práticas respectivas. Que diferença prática haveria para alguém se essa noção, de preferência àquela outra, fosse verdadeira? Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa, e toda disputa é vã. Sempre que uma disputa é séria, devemos estar em condições de mostrar alguma diferença prática que decorra

necessariamente de um lado, ou o outro está correto... Estou acostumado a expor problemas às minhas classes nestes termos: sob que aspectos o mundo seria diferente se essa alternativa ou aquela fosse verdadeira? Se não posso achar nada que o tornasse diferente, então a alternativa não tem sentido."... É espantoso de ver-se quantas e quantas disputas filosóficas dão em nada no momento em que as submetemos ao simples teste de traçar uma consequência concreta. Não pode haver nenhuma diferença em alguma parte que não faça uma diferença em outra parte - nenhuma diferença em matéria de verdade abstrata que não se expresse em uma diferença em fato concreto e em conduta consequente derivada desse fato e imposta sobre alguém, alguma coisa, em alguma parte e em algum tempo. Toda a função da filosofia deve ser a de achar que diferença definitiva fará para mim e você, em instantes definidos da nossa vida, se esta fórmula do mundo ou aquela outra for a verdadeira. (JAMES, 1974, p.9-22.)

Considerando, assim, o aspecto da “praticidade” e “instrumentalidade” dos conceitos e formas, compreendemos que a técnica decisória conhecida como “minimalismo” pode ser considerada uma expressão do pragmatismo por se ater, justamente, apenas às questões que resultam em uma possível mudança na decisão. Conforme teoria de Cass Sustein (2015), o minimalismo consiste em uma técnica de fundamentar decisões ou construir enunciados de precedentes de maneira propositalmente “econômica”, evitando-se argumentos e expressões que não sejam estritamente necessários para a solução do caso. De acordo com o autor:

Aqueles que adotam a persona minimalista enfatizam os limites de teorias abrangentes. Enfatizam que pessoas, e juízes em particular, tem um estoque limitado de racionalidade. Abraçam a ideia de humildade e utilizam tal ideia... como uma razão para tomar pequenos passos. Ao lidar com casos envolvendo direitos fundamentais, minimalistas insistem em dois pontos diferentes. Primeiro, eles não querem adotar nenhuma teoria fundacional. Eles não querem adotar grandes visões sobre liberdade e propriedade. Prefere a superficialidade à profundidade... Segundo, minimalistas preferem enunciados de *ratio* mais especificados, com foco nos fatos dos casos concretos. Eles querem que as cortes se concentrem nas questões específicas. Eles preferem especificidade à abrangência. Enquanto ocupava um assento na corte de apelação, o Ministro Roberts explicitou sua preferência com um aforisma que resume a postura minimalista em sede de direito constitucional: ‘se não é necessário decidir mais, então não é necessário decidir mais’. Em muitos de seus votos, Roberts tem seguido essa postura, proferindo enunciados estreitos que deixam muitas questões sem decisão”. (SUSTEIN, 2015, P.16)

Minimalistas, em suma, evitam *dicta* em suas decisões e evitam também consignar argumentos que, embora tenham sido relevantes para formar convicção, sejam

demasiadamente polêmicos. Evitar dificuldades argumentativas, assumindo soluções de compromisso, é a típica postura minimalista.

Nesse ponto, o minimalismo pode ser entendido como “pragmático” na medida em que representa uma tentativa de os juízes alcançarem mais legitimidade com suas decisões (ao se evitar argumentos potencialmente controversos) ou mesmo de obterem decisões unânimes nos julgamentos colegiados. Por exemplo, em um conflito em que os juízes concordem acerca da solução sobre aspecto “x”, central ao caso, porém discordem sobre aspecto “y”, apenas lateral à lide, é mais prático deixar de lado a discussão sobre o aspecto “y” – que, afinal, não é essencial para a solução da controvérsia concreta e não resultará em uma diferença no caso concreto – do que arriscar a harmonia da decisão como um todo.

Mas teriam os ministros do STF uma postura minimalista em relação aos conflitos tributários que envolvam novas tecnologias? Entendemos que um modo eficiente de verificar a presença de uma postura minimalista é averiguando se, ao longo dos votos dos ministros ou mesmo durante o debate para formar a decisão colegiada, existem afirmações que indiquem uma opção consciente de não se abordar determinadas questões considerados não essenciais à resolução do caso. Marcadores textuais para esse aspecto o minimalismo pragmático seriam: “economicidade”; “economia”; “harmonia do julgamento”; “redução do conflito” e sinônimos.

4.6 Ceticismo, antidogmatismo e experimentalismo (ou, simplesmente, anti idealismo)

O pragmatismo é anti idealista, em múltiplas frentes: primeiro, o juiz pragmático não busca a “Única Resposta Correta” ou a “Resposta Justa” – todos com letras maiúsculas, para denotar o tom metafísico do empreendimento – ao proferir suas sentenças. O pragmático não irá, também, incorrer no idealismo contrário, aquele que duvida da possibilidade de que se encontre até “respostas plausíveis” ou “respostas mais justas que outras” em determinados conflitos. O pragmático adota o sentido comum, cotidiano, de “verdade” e “justiça”, aquele que se encontra relacionado com nosso horizonte linguístico-cultural de referência e que é inútil questionar:

que nós temos uma determinada idade, que nós temos um corpo, que nenhum ser humano que nasceu no século dezoito está vivo atualmente, que objetos não param de existir quando estão longe de nossas vistas,

que outras pessoas, além de nós próprios, possuem consciência; e que a terra existe antes de nós. (POSNER, 1995, p.5)

Por isso, Posner diz que o pragmatismo adota um “ceticismo moderado”: desconfia de verdades absolutas, mas confia na intuição (aquela que, como diz Holmes, é tão firme que não podemos deixar de acreditar que seja verdade) e no sentido comum da linguagem. Ao mesmo tempo, sabe que as crenças embutidas no nosso horizonte de referência podem mudar com velocidade e, por isso, está sempre aberto a rever suas impressões iniciais.

Esta “abertura” para mudança, por sua vez, é também tanto uma característica do antidogmatismo, quanto do experimentalismo.

O pragmático é antidogmático no sentido de que não ficará aferrado a conceitos preestabelecidos quanto entender que tais conceitos não conseguem mais apreender a realidade: são os conceitos que devem se adequar aos fatos, e não os fatos que devem ser distorcidos e mutilados para permanecerem adequados aos conceitos antigos.

Um exemplo de antidogmatismo reside na compreensão de que o raciocínio jurídico (em quaisquer das áreas do direito) é tipológico, e não conceitualista. A diferença reside no seguinte: o raciocínio tipológico entende que as figuras utilizadas pelo legislador são apenas “figuras globais” que agregam características indicativas do preenchimento do tipo, porém não obrigatórias. Assim, mesmo na ausência de algum dos elementos comuns ao tipo, ainda poderia haver o preenchimento da figura por aproximação. Já o raciocínio conceitualista entende que as figuras utilizadas pelo legislador possuem elementos necessários, o que significa que, na ausência de algum desses elementos, o conceito não está formado e a norma não pode ser aplicado. O raciocínio tipológico é, assim, mais flexível e mais sensível às mudanças econômicas e culturais do que o raciocínio conceitualista⁵.

Por fim, o experimentalismo significa uma postura de coragem frente às inovações: o pragmático é paciente, no sentido de que sabe que o progresso é alcançado a partir de mudanças constantes nos horizontes de referência. Por isso, valoriza a liberdade de pensamento e a experimentação. Para o pragmático, a ciência não busca

⁵ Por curiosidade: exatamente por isso Mizabel Derzi nutre grande antipatia pelo raciocínio tipológico. A doutrina entende que tal modelo de raciocínio permitiria às cortes superiores modificar radicalmente sua jurisprudência sem precisar utilizar as técnicas de preservação da segurança jurídica, tais como a modulação de efeitos e o *overruling* programado. A autora possui um texto clássico que explica a distinção entre tipos e conceitos e manifesta sua compreensão de que o direito tributário exige conceitos delimitados (DERZI, 1987) e, em conferências recentes, têm mostrado preocupação com a adoção, pelo STF, de uma perspectiva tipológica (DERZI, 2020).

diretamente “a Verdade”, mas sim a exposição de falsidades. Nesse ponto, o pragmático não tem medo de errar.

Possíveis marcadores textuais para o anti idealismo (ceticismo, antidogmatismo e experimentalismo) são: flexibilidade; intuição; inovação; mudanças; evolução; teste; tentativa; coragem; e sinônimos.

4.2 ATIVISTA

O pragmatismo volta-se para o futuro, e não para o passado (*forward looking*). Dessa característica, decorre um potencial ativismo e uma constante atenção às consequências. Falaremos da atenção às consequências (ou, simplesmente, consequencialismo) no próximo item. Por enquanto, vamos nos ater ao potencial ativismo do juiz pragmático.

Quando falamos em “ativismo”, estamos nos referindo a um tipo de postura que pode ser sumarizado como “ausência de deferência do juiz para com outros poderes e, inclusive, para com outros juízes”.

O juiz pragmático, nessa concepção de ativismo, não possui deferência ao legislador, aceitando com certa facilidade o ato contrariar, quando entender necessário, a letra da legislação. Essas decisões podem fazer referência à inconstitucionalidade de alguma norma ou modificar o seu sentido literal por meio de interpretações restritivas, extensivas e analógicas. Nesse sentido, a característica do “ativismo” também implica em um anti formalismo: o pragmático entende que conceitos sofrem modificações ao longo do tempo e que regras podem se tornar obsoletas, encerrando sua vigência em razão da perda de eficácia ou devendo ser interpretada de maneira radicalmente diferente pelo fenômeno da mutação (no último caso, especialmente as regras constitucionais).

Especificamente para o campo do direito tributário, o ativismo torna-se marcante pelo fato de que um dos princípios basilares desse ramo é justamente o princípio da legalidade tributária. A postura ativista, nesse caso, é marcada por decisões que ignoram ou superam a necessidade de lei em sentido estrito para regular determinadas matérias, por exemplo, isenções fiscais, como determina o artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Nesse ponto, há que se tomar um cuidado: em matéria de isenções fiscais, por exemplo, é possível encontrar várias decisões judiciais que estendem o alcance do texto normativo que para além da sua literalidade, mas que não “assumem” que estão a realizar

tal expediente interpretativo justamente para evitar o confronto direto com o artigo do Código Tributário mencionado anteriormente⁶. Ainda assim, o intérprete da decisão pode reconhecer a existência de uma interpretação extensiva (ou outras técnicas), uma vez que a interpretação feita pelo intérprete (o pesquisador) não está adstrita à interpretação que o objeto (no caso, o juiz, em sua própria decisão) faz de si próprio.

O juiz pragmático também não possui deferência a conceitos e precedentes em razão de uma suposta autoridade do passado sobre o futuro. O senso de continuidade entre passado, presente e futuro é valorizado apenas na medida em que os auxilie a resolver problemas atuais e prevenir problemas futuros. Precedentes são facilitadores, atalhos cognitivos para que se chegue à solução para o conflito, e não amarras metafísicas à decisão. Para Posner (1995, p.7), “os pragmáticos não têm medo de dizer que um pouco de esquecimento é bom”.

Isso significa que os pragmáticos tendem a observar precedentes mais como uma fonte de sabedoria ou bons argumentos, cuja força é apenas persuasiva, do que como uma fonte normativa vinculante. Para efeitos de comparação: Dworkin (2002) considera que é uma espécie de dever dos juízes decidirem em conformidade com os precedentes para fins de se manter a coerência e integridade do sistema. Para Posner (1995, p. 4), contudo, “o pragmático entenderia que decidir de acordo com os precedentes (a doutrina conhecida como “*stare decisis*”) é uma questão de política, e não de dever”.

⁶ A Lei n.13.296/2008 do Estado de São Paulo estabelece, no seu artigo 13, III, que É isenta do IPVA a propriedade (...) de um único veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física”. Uma contribuinte com necessidades especiais *intelectuais*, então, ajuizou uma ação para obter o direito à isenção de IPVA em veículo de sua propriedade que, embora não fosse adaptado, *era dirigido por um motorista*. O tribunal confirmou a sentença de primeiro grau que reconhecia o direito à isenção. A decisão pode ser considerada correta do ponto de vista teleológico, mas é, sem dúvidas, uma extensão da literalidade do texto normativo, cuja letra fala expressamente em veículo “para ser *conduzido* pessoa com deficiência física”. Em seu voto, contudo, a relatora afirmou que “não se deve considerar ser o caso de interpretação extensiva, mas apenas a garantia de princípios constitucionais, quais sejam os princípios da isonomia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.” Tal afirmação não faz sentido, do ponto de vista lógico: o fato de a decisão que confere isenção à autora da ação estar buscando garantir os princípios constitucionais da isonomia, da igualdade e da dignidade humana não faz com que a interpretação deixe de ser extensiva, ou seja, de superar a literalidade do texto normativo. Na verdade, o mais correto seria considerar que a interpretação é extensiva *para garantir* os princípios constitucionais, em uma lógica de “resultado” de interpretação. Ver: (TJ-SP - APL: 10306913020148260053 SP 1030691-30.2014.8.26.0053, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 20/03/2017, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/03/2017)

Por isso, o pragmático também pode ser um ativista quando as circunstâncias exigirem mudanças. Rejeita-se, no pragmatismo, a posição conservadora de que a continuidade e permanência é necessariamente a melhor solução.

Nesse ponto, existem determinados temas conflituosos que possibilitam “testes” mais efetivos acerca da presença dessa característica nos nossos juízes. Por exemplo, conflitos que envolvam tributação de “novas tecnologias” forçam o juiz a se posicionar sobre o problema da “adaptação” do direito em face de novos contextos sociais e econômicos. Um juiz que se recusasse a adaptar a solução jurídica diante do novo cenário apenas em função do dever de seguir “aquilo que já foi estabelecido” não poderia ser considerado um pragmático. Por outro lado, em cenários de grandes monotonia e estabilidade, dificilmente um juiz pragmático teria a oportunidade – na verdade, a necessidade – de expor seu ímpeto ativista.

De todo modo, ressalta-se que, embora a característica do ativismo seja frequente nos juízes pragmáticos, é possível também encontrar juízes pragmáticos que mantenham uma postura recatada diante dos outros poderes e do próprio judiciário, simplesmente por entenderem que dessa contenção resulta o melhor cenário. Trata-se da postura semelhante ao chamado “utilitarismo das regras”.

Marcadores textuais para o “ativismo” podem ser, portanto: “interpretação restritiva”; “interpretação extensiva”; “interpretação analógica”; mutação; evolução dos conceitos; força meramente persuasiva dos precedentes; superação dos precedentes; superação do formalismo; poder criativo da jurisdição e sinônimos.

4.3 Consequencialismo

A característica mais marcante do pragmatismo é sua preocupação com as consequências da decisão. A decisão correta deverá ser aquela que, considerando todos os elementos envolvidos, irá resultar no “melhor cenário possível”, tanto do ponto de vista das consequências sociais e econômicas (por exemplo, o problema da empregabilidade e da captação de investimentos), quanto com consequências institucionais (por exemplo, o problema da confiança da sociedade no ordenamento jurídico em razão do seu nível de estabilidade). Nesse ponto, o pragmatismo tem traços marcantes de utilitarismo.

O “contrário” de um raciocínio consequencialista é um raciocínio principiológico fortemente baseado na garantia de direitos. O juiz que decide por uma

questão de princípio não se deixa perturbar pelas possíveis consequências sociais ruins da sua decisão: interessa-lhe, apenas, saber se o sistema jurídico garante, ou não, direito ao indivíduo. Essa é a postura de um juiz dworkiniano, que entende que direitos são “trunfos” contra os interesses da coletividade (Dworkin, 2002). Porém, o juiz pragmático não compreende a máxima “*fiat justitia, pereat mundus*” (faça-se justiça, ainda que pereça o mundo), pois a “justiça” nunca poderá significar a possibilidade de destruição desgovernada das instituições políticas e sociais e da economia para que se mantenham íntegros alguns direitos individuais. Enquanto o juiz dworkiniano entende que “direitos” não podem ser “ponderados” (justamente por serem “trunfos” ou “barreiras de proteção” do indivíduo contra a coletividade), o juiz pragmático está disposto a relativizar garantias individuais para preservar bens que, no caso concreto, lhe pareçam mais urgentes. O juiz pragmático, entende que a garantia de determinados direitos individuais não pode comprometer de maneira desproporcional outros bens jurídicos igualmente relevantes.

Podemos, então, sugerir como marcadores de uma postura consequencialista a presença dos seguintes *topoi*: o recurso às “funções políticas e sociais da norma”; “estímulo”, “risco”; “logicado razoável”; “fomento/incentivo”; “efeito extrafiscal da norma”; “interpretação teleológica”. Além disso, argumentos que tendem à falácia da “bola de neve” também são tipicamente consequencialistas (e, nesse ponto, reside uma das mais fortes críticas ao consequencialismo: o problema de que, muitas vezes, o raciocínio é falacioso ou não passa de uma tentativa de adivinhação). Por fim, menções à superação ou repúdio às técnicas da interpretação gramatical e literal, também são marcadores do consequencialismo.

Esses *topoi* e sùmulas de argumentos sugeridos acima são as situações em que a postura consequencialista aparece de maneira mais óbvia, na própria superfície. Podem existir argumentos, contudo, que embora não o pareçam à primeira vista, possuam viés consequencialista. Sugerimos que esse é o caso de dois argumentos recorrentes em conflitos tributários: o argumento da segurança jurídica e o argumento do federalismo fiscal (que impõe uma necessária observância do planejamento constitucional de repartição de receitas tributárias). Os dois argumentos são comuns em litígios que envolvam conflito de competência entre estados-membros e municípios no âmbito da tributação sobre comércio de mercadorias e serviços.

Os estados-membros são competentes para instituir e cobrar imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), conforme art. 155, II, da Constituição

Federal. Já os municípios são competentes para instituir e cobrar imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), conforme art.156, III, da CF.

Em uma economia pouco virtualizada, a distinção entre “mercadorias” (cuja circulação é tributada por ICMS) e “serviços” é bem marcada: mercadorias são bens corpóreos; serviços são bens incorpóreos. Mercadorias podem ser objetos de massificação; serviços não podem ser massificados, por exigirem uma personalização do bem. Esses foram os critérios tipológicos utilizados pelo STF, por longas décadas, para distinguir o campo de incidência do ICMS e o campo de incidência do ISS.⁷ Todavia, quando mais virtualizada for a economia, mais difícil será distinguir o campo de incidência de cada um dos tributos, pois novos modelos de negócio fogem às expectativas dos tipos consolidados como “mercadorias” e “serviços”. Por exemplo, um *software* de computação é, ao mesmo tempo, um bem incorpóreo e um bem que pode ser submetido à massificação. Nesse caso, assemelha-se a um serviço por ser “incorpóreo”, mas assemelha-se a uma mercadoria quando é massificado. Qual tributo deve incidir, assim, sobre *softwares* massificados, tais como os pacotes *office*? A tendência é que esses conflitos se tornem tão mais constantes quanto maior for a virtualização da economia, como explicam Schoueri e Galdino (2018). Este autor, inclusive, sugere a criação de um imposto único sobre o consumo, sem distinção entre os campos de incidência do “serviço” e da “mercadoria”, justamente por considerar que, na economia digital, não existem critérios que possa distinguir, com segurança, o que é mercadoria e o que é serviço.

Enquanto propostas de unificação dos tributos em um único imposto sobre o consumo não se tornam realidade, cabe à legislação e aos tribunais buscarem critérios para solucionar o conflito de competência em questão.

⁷ Schoueri e Galdino (2018, p. 249-250) explicam as posições do STF acerca da tributação de software ao longo da década de 90 e primeira década dos anos 2000: “É bem verdade que, em um primeiro momento, o STF manifestou-se exigindo que mercadoria fosse algo material, corpóreo, *corpus mechanicum*. Isso porque, influenciado pelo entendimento de que o conceito de mercadoria estaria vinculado àquele do Direito Privado, o STF decidiu que caberia ICMS sobre a venda de software “de prateleira” (*standard*), produzidos em série e comercializados no varejo, e não sobre softwares adaptados ao cliente (*customized*), desenvolvidos para atender a necessidades específicas de determinado usuário [Cf. STF, RE 176.626-3-SP]. Nesse caso, conquanto não tenha julgado bens digitais adquiridos pela internet, o STF utilizou, em sua *ratio decidendi*, o critério do bem corpóreo para caracterizar incidência do ICMS. Somente em momento posterior foi que o STF afastou a necessidade de haver suporte físico. Isso se deu com o julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionais que tratou de lei estadual que incluiu no âmbito de incidência do ICMS “operações com programa de computador – software – ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados” [Cf. STF, ADI-MC 1.945-MT]. Ao verificar a realidade (virtual), o STF decidiu que não há motivo pelo qual diferenciar uma compra de mercadoria pela internet, já que continua havendo circulação (virtual) de uma mercadoria que poderia ser adquirida tal qual na compra de um suporte físico que a contivesse”.

Um dos critérios mais fortes, atualmente utilizado, é o da presença, ou não, da descrição do bem comercializado na lista anexa à Lei Complementar n.116/03, que estabelece, justamente, o rol de serviços tributados pelo ISS. Esse foi o principal argumento utilizado pelo STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.945 e 5.659. Nesse julgado, a corte suprema superou o entendimento que vigorou durante três décadas acerca da distinção entre o campo de incidência do ICMS e ISS. O precedente superado (RE 176.626-3-SP, de 1998) afirmava que cabia ISS sobre a comercialização de *softwares* “por encomenda”; e cabia ICMS sobre a comercialização de *softwares* “de prateleira” (massificados). Na virada jurisprudencial de 2021, todavia, o STF passou a entender que caberia ISS sobre a comercialização de qualquer tipo de *software*, uma vez que a lista anexa à Lei Complementar inclui o “Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação” como item tributado pelo ISS (item 1.05).

O argumento soa formalista: se a lei tributária prevê expressamente determinada prestação como “serviço”, então não há mais o que ser discutido. Todavia, entendemos que o argumento, no fundo, pode ser de ordem pragmática: adota-se um critério bastante formal para solucionar conflito de competências justamente para conferir maior previsibilidade ao resultado dos litígios judiciais e, assim, incrementar a segurança do sistema. Um sistema jurídico estável e previsível, por sua vez, tende a atrair mais investimento e favorece a saúde da economia. Igual raciocínio pode ser aplicado para as situações em que os tribunais decidem em conformidade com os precedentes para fins de conferir mais estabilidade jurídica ao sistema.

Uma dúvida, todavia, pode surgir: como saber se as motivações de fundo do juiz são realmente pragmáticas? Como saber se a preocupação última do juiz é com as consequências para a saúde geral do sistema e não com o cumprimento de alguma espécie de dever moral de coerência e integridade (preocupação tipicamente dworkiniana)?

Em alguns dos casos, será impossível ter certeza sobre qual é a motivação de fundo do argumento da “segurança jurídica”: são aqueles casos em os juízes simplesmente “jogam” o *topos* “segurança jurídica” no texto de fundamentação das suas decisões ou simplesmente utilizam a fórmula “de acordo com o precedente ‘x’...”. A simplicidade e economia desses recursos linguísticos impede que possamos inferir se o argumento tem um fundo pragmático ou um fundo formalista. Todavia, em alguns casos, seria possível identificar a essência pragmática: por exemplo, quando os juízes “justificassem” a necessidade de se preservar a segurança em razão das consequências

negativas que adviriam do contrário ou quando os juízes explicitassem a necessidade de interpretar regras de maneira literal e obedecer a precedentes porque, ao final, tal postura hermenêutica traria melhores resultados para a coletividade. Em ambos os casos, o juiz estaria adotando uma espécie de “utilitarismo das regras”.

Marcadores textuais desse argumento podem ser: “segurança jurídica”; “mercado”; “investimentos”; “economia”.

O argumento do federalismo fiscal e repartição de receitas tributárias também parte do acirramento do conflito de competência entre membros da federação (especialmente entre Estados e Municípios). O legislador constituinte, ao estabelecer competências tributárias de impostos para os entes federativos, teria previsto uma justa repartição das receitas tributárias em conformidade com as necessidades financeiras de cada ente (união, estados ou municípios). Todavia, com a tendência à virtualização do comércio, as fronteiras típicas de competência material e espacial tornam-se borradas, prejudicando o desenho feito pelo legislador. Desse modo, a interpretação das normas de incidência tributária deve ser realizada de modo a obedecer ao que seria o desenho original do constituinte. Caso contrário, estar-se-ia prejudicando a capacidade dos entes políticos se autofinanciarem, o que poderia resultar no desequilíbrio do próprio pacto federativo. Esse argumento pode ser entendido como um argumento consequencialista justamente pelo fato de haver uma preocupação com o abastecimento dos cofres públicos. Marcadores textuais desse argumento podem ser: “arrecadação”; “repartição de competências”; “repartição de receitas tributárias”; “federalismo fiscal”.

Por fim, também entendemos que a técnica da modulação de efeitos é intrinsecamente consequencialista. A modulação de efeitos é uma técnica que consiste na possibilidade de os tribunais superiores restringirem a eficácia temporal – postergando-a para o futuro – de algumas de suas decisões por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Originalmente, o instituto estava previsto apenas na lei 9.868/99 (art. 27), para o âmbito das declarações de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. O mencionado dispositivo diz que o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. O CPC/15, contudo, inovou ao alargar as possibilidades de utilização da técnica na “hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriundo de julgamento de casos

repetitivos” (art. 927, §3º), sempre levando-se em consideração a segurança jurídica e o interesse social.

As próprias razões listadas pelas duas leis para aplicação da técnica – segurança jurídica e interesse social – denotam o seu viés consequencialista. A aplicação, em concreto, do instituto, reforça tal percepção. Normalmente, a técnica é utilizada, no direito tributário, para evitar o “rombo” dos cofres públicos em situações em que há declaração de inconstitucionalidade de alguma cobrança. Modulando-se os efeitos da decisão, o STF tem a possibilidade de circunscrever as situações em que será permitida a repetição do indébito tributário: normalmente, apenas nos casos em que houve ajuizamento de ação individual pelo contribuinte antes do julgamento do recurso constitucional ou da ação direta de inconstitucionalidade. Caso não houvesse a modulação de efeitos, a Fazenda Pública poderia ser obrigada a devolver o valor do tributo já pago para milhares de contribuintes. Isso poderia levar tanto a uma catástrofe nas contas públicas, quanto a um aumento das ações judiciais. Logo, sugerimos que o “voto” pela modulação de efeitos é uma postura pragmática, enquanto que posicionamentos contrários a modulação de efeitos são principiológico-garantistas.

4.5 Empirismo

O “empirismo” diz respeito a uma valorização, pelo pragmatismo, dos fatos subjacentes à determinada disputa jurídica. Essa “valorização dos fatos” implica tanto uma atenção especial aos fatos alegados pelas partes (e à sua prova), quanto uma investigação científica dos fatos que potencialmente podem repercutir na decisão. Posner explica: “O pragmático está interessado nos ‘fatos’, e por isso quer estar bem informado acerca da operacionalidade, condições e prováveis consequências das diferentes alternativas decisórias”.

Marcadores textuais para o “empirismo” podem ser referências a estatísticas e estudos científicos. De maneira menos óbvia, contudo, sempre que os juízes indicarem que determinados detalhes fáticos do caso são significativos para a decisão, e se preocuparem em esclarecer tais detalhes, há a presença de uma postura empirista. Pelo lado contrário, quando for possível perceber que fatos relevantes são “ignorados” ou não bem compreendidos pelos julgadores, há uma “falha” no empirismo. Nesse ponto, levanta-se a hipótese, para futuras pesquisas, de que o STJ e o STF “falham” nesse aspecto

do pragmatismo ao utilizarem a Súmula nº7 (STJ) e a Súmula nº 279 (STF)⁸ para fins de “facilitar” o processo decisório ao não se imiscuir em questões fáticas relevantes para determinação do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, nesse trabalho, elaborar marcadores textuais que pudessem revelar uma abordagem pragmática em decisões judiciais envolvendo conflitos tributários. Para isso, tivemos que, primeiro, compreender em que consiste o “pragmatismo” e escolher uma vertente do pragmatismo para servir de matriz teórica. A escolha recaiu no “pragmatismo do cotidiano”, abordagem popularizada especialmente por Richard Posner, ex-juiz do Sétimo Circuito de Apelações dos Estados Unidos. Em seguida, listamos as características do pragmatismo do cotidiano, de modo a tornar o objeto da análise o mais definido possível.

No tópico central desse artigo, densificamos a explicação sobre cada característica do pragmatismo, sugerindo ainda como tais características poderiam, potencialmente, ser traduzidas em argumentos típicos dos conflitos jus tributário. Ao final de cada explanação, listamos *topoi* que sintetizariam tais argumentos, de modo a facilitar a identificação da postura pragmática em decisões concretas.

É possível perceber que alguns argumentos, que traduzem determinada característica do pragmatismo, se contradizem com outros argumentos, que traduzem outra característica. Por exemplo, pelas características do “ativismo” e do “antidogmatismo”, o juiz pragmático não teria uma particular deferência pelo “passado” e, conseqüentemente, pelos precedentes (e pela própria lei). No entanto, o juiz pragmático também se preocupa com as conseqüências da sua decisão, inclusive as conseqüências institucionais. Assim, o juiz pragmático pode soar formalista por entender que tal postura é a que gera, a longo prazo, os melhores resultados sociais. Essa aparente contradição era esperada: o pragmatismo do cotidiano possui o traço aristotélico de compreender que, normalmente, a virtude encontra-se no “meio”, no equilíbrio entre os extremos.

⁸ Enunciado nº 7 da Súmula do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) e, de igual modo para o Recurso Extraordinário, o enunciado nº 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

REFERÊNCIAS

- BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Lisboa: Editora 70, 1979.
- DERZI, Misabel. Desafios às propostas da reforma tributária. In: V Congresso Internacional de Direito Tributário do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=diKfxGxu5jk>>
- DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? Revista da Faculdade de Direito UFMG, 31 (30/31): 213;260, 1987/1988.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Romeu. Análise e interpretação de dados de pesquisa qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília (org.) Pesquisa Socia. Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.
- JAMES, William. Pragmatismo. Segunda conferência. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). Os Pensadores. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 09-22.
- PEIRCE, Charles S. Como tornar claras nossas ideias. Collected Papers. Universidade da Beira Interior V, pp. 388-410. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf>>
- POSNER, Richard A. Divergent Paths. The academy and the judiciary. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- POSNER, Richard. Law, pragmatism and democracy. Harvard University Press, 2003.
- POSNER, Richard. Overcoming law. Harvard University Press: Cambridge, 1995.
- RUSSEL, Bertrand. História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Aspectos relacionados à tributação sobre o consumo. In: FARIA, Renato *et al.* (coord.) Tributação da Economia Digital. Desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- STF - ADI: 1945 MT - MATO GROSSO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18/02/2021, Data de Publicação: DJe-091 24/02/2021)
- STF – RE: 176.626-3 SP – SÃO PAULO, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 10/11/1998, Data de Publicação: [s.d]
- STRECK, Lênio. O direito e o constrangimento epistemológico. In: Estado da Arte. Revista de cultura, artes e ideais. 2020. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>>

SUSTEIN, Cass. Constitutional Personae. Cambridge: Oxford University Press, 2015.

TAMANAH, Brian Z. Law as a means to an End. Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press, 2006.

TJ-SP - APL: 10306913020148260053 SP 1030691-30.2014.8.26.0053, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 20/03/2017, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/03/2017

WAALS, Cornelis de. Sobre pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WARNER, Richard. Legal pragmatism. In: PATTERSON, Dennis (ed.) A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. 2.ed. [S.l]: Backwell Companions to Philosophy, 2010, pp.406-414.