UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – FDRP

MARCELO VENTUROSO DE SOUSA

LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS: uma análise a
partir da teoria procedimental da democracia

Ribeirão Preto

2016

MARCELO VENTUROSO DE SOUSA

LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS: uma análise a
partir da teoria procedimental da democracia

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo para obtenção do título de
Mestre em Ciências.

Versão Original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado
Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jonathan Hernandez Marcantonio

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

d72511 de Sousa, Marcelo Venturoso
1 Legitimidade e racionalidade das normas
tributárias: uma análise a partir da teoria
procedimental da democracia / Marcelo Venturoso de
Sousa; orientador Jonathan Hernandez Marcantonio. --
Ribeirão Preto, 2016.
114 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. LEGITIMIDADE. 2. TEORIA PROCEDIMENTAL DA
DEMOCRACIA. 3. NORMAS TRIBUTÁRIAS. I. Marcantonio,
Jonathan Hernandez, orient. II. Título

Nome: Marcelo Venturoso de Sousa

Título: Legitimidade e racionalidade das normas tributárias: uma análise a partir da teoria procedimental da democracia

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Às quatro mulheres cujo amor foi o esteio da caminhada que culmina agora com a conclusão desta dissertação, tornando possível um sonho que sonharam junto comigo: Fernanda, Denise, Ariane e Maria Idenir. *In memoriam*, àquele de quem busco, diariamente, ser reflexo: Nilton Venturoso.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Jonathan Hernandes Marcantonio, cuja capacidade e vocação para a docência fizeram com que não abandonasse a difícil tarefa de guiar um orientando inicialmente sem muito senso de direção acadêmica, fazendo-o chegar a um lugar que nem mesmo ele acreditava que chegaria.

A Wilma Venturoso Rocha, tia e madrinha, que, muito mais que abrigo, ofereceu um lar na concepção mais estrita da palavra, dando força e incentivando pelo exemplo.

Ao João Roberto Silva do Amaral Neto, sócio, parceiro e, principalmente, amigo, sobre os ombros de quem pesaram as ausências no período em que era preciso obter créditos para um sonho que nem lhe pertencia.

Aos amigos e mestres na arte da advocacia, Sérgio Henrique Tiveron Juliano e José Gabriel Neto, que abriram as portas de suas bibliotecas oferecendo ajuda inestimável antes e durante o mestrado.

RESUMO

DE SOUSA, M. V. **Legitimidade e racionalidade das normas tributárias**: uma análise a partir da teoria procedimental da democracia. 2016. 114 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

A legitimidade na instituição das normas jurídicas e a racionalidade de sua aplicação são elementos fundamentais para a análise de um sistema jurídico inserido em um Estado Democrático de Direito. Esses critérios possibilitam a observação das normas pelos indivíduos mesmo ausente a coercibilidade imediata. A sua verificação no âmbito do Direito Tributário, portanto, revela especial importância em razão da sua característica principal de transferir dinheiro dos particulares para o Estado. O objetivo deste estudo é verificar a possibilidade de ampliação da legitimidade e racionalidade das normas tributárias por meio da teoria procedimental da democracia. Para isso, analisa a teoria comunicativa frente o Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere à formação da vontade e à necessidade de autocertificação da modernidade, bem como descreve o processo de instituição e aplicação das normas tributárias no direito brasileiro, explicitando as formas pelas quais o Poder Executivo pode inseri-las no ordenamento jurídico. A partir da confrontação dos marcos teóricos estabelecidos e uma decisão do Supremo Tribunal Federal, analisa a racionalidade das decisões judiciais por meio da retomada do procedimento legitimador de instituição das normas jurídicas. O estudo tem como método a revisão da bibliografia relacionada ao tema, bem como a utilização do estudo de caso em capítulo específico para exemplificação do objetivo pretendido. A descrição da teoria habermasiana mostra a sua eficácia no controle dos critérios de legitimação na instituição e aplicação das normas jurídicas, por meio do controle argumentativo, fundado na teoria do discurso.

Palavras-chave: Legitimidade. Teoria Procedimental da Democracia. Normas Tributárias.

ABSTRACT

The legitimacy of the institution of legal rules and the rationality of its implementation are fundamental to the analysis of a legal system inserted in a democratic rule of law. These criteria allow the observation of the rules by the citizens even without an immediate coercivity. This check about the tax law, therefore, reveals special importance because of its main feature to transfer money from the private to the State. The aim of this study is to verify the possibility of expanding the legitimacy and rationality of tax rules through procedural theory of democracy. For this, it analyzes the communicative theory in the democratic rule of law, especially as regards the training of the will and the need for self-certification of modernity, as well as describes the establishment and application process of tax rules in Brazilian law, explicit forms by which the executive branch can enter them in the legal system. From the comparison of the established theoretical frameworks and a decision of the Supreme Court, analyzes the rationality of judicial decisions through the recovery of legitimating procedure institution of legal rules. The study uses the method of the literature review related to the theme, and the use of case study in a specific chapter for exemplification of the intended goal. The description of Habermas' theory shows its effectiveness in controlling the legitimacy of criteria in the institution and application of legal rules, through reasoning control, based on the theory of discourse.

Keys-words: Legitimacy. Procedural Theory of democracy. Tax rules.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA COMUNICATIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1 A modernidade e a linguagem na teoria de Habermas	15
2.2 Teoria da ação comunicativa	19
2.3 A noção de mundo da vida e os sistemas	22
2.4 A legitimação do poder político pelo direito: a tensão entre facticidade e validade no âmbito externo do direito.....	25
2.5 A relação entre direito e moral.....	28
2.7 Estado de direito, democracia e teoria comunicativa.....	34
2.8 Síntese das ideias expostas	37
3 FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO E A FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SEGUNDO A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS.....	39
3.1 Constituição Federal e delimitação da competência tributária.....	42
3.2 As Leis Complementares em matéria tributária	46
3.3 Lei Ordinária	51
3.4 Medidas Provisórias em matéria tributária	53
3.5 A jurisprudência como fonte do direito tributário.....	56
3.6 A racionalidade da jurisdição sob a perspectiva de uma teoria discursiva do direito	57
4 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM HABERMAS.....	65
4.1 A observação a partir dos paradigmas de direito.....	66
4.2 A formação política da vontade nas visões liberal e republicana e sua influência sobre o papel da jurisdição constitucional.	72
5 A CONSTATAÇÃO DA RACIONALIDADE HABERMASIANA A PARTIR DE UMA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO DE CASO ..	81
5.1 A extrafiscalidade no ordenamento brasileiro.....	82
5.2 Os argumentos da ciência das finanças	85
5.3 Extrafiscalidade, normatização e aplicação das normas tributárias.....	89
5.4 A pretensão legitimadora dos argumentos relativos à extrafiscalidade e a retomada de seu feixe argumentativo pela decisão do Supremo Tribunal Federal.....	92
5.4.1 <i>Evolução legislativa da CPMF</i>	93
5.4.2 <i>IOF: A regra-matriz e função primordial</i>	95
5.4.3 <i>Fundamentos da decisão</i>	97
5.5 Síntese da consideração do argumento da extrafiscalidade na normatização e aplicação das normas tributárias	103
6 CONCLUSÃO.....	105
BIBLIOGRAFIA	111

1 INTRODUÇÃO

A necessidade do estudo acerca da legitimidade das normas jurídicas e da racionalidade de sua aplicação parte da premissa de que a sociedade moderna não admite ou não deve admitir ser regida por regras e princípios que não aceitam como produzidos de acordo com ideais socialmente albergados. Isto é, não basta que as normas postas no sistema obedeçam somente ao procedimento de criação estabelecido por normas de hierarquia superior ou que não contrariem o conteúdo destas mesmas normas.

Em uma comunidade inserida na modernidade, essa necessidade de legitimação e aceitação das normas jurídicas passa a exigir critérios fundados na racionalidade e não mais em aspectos teológicos. Contudo, a complexidade e a pluralidade dessas sociedades modernas torna difícil a tarefa de encontrar critérios que consigam satisfazer a necessidade de justificação da instituição e aplicação das normas.

Algumas teorias empreenderam esforços para executar a tarefa de encontrar os melhores critérios para criação de pretensões de validade idôneas e que conseguissem explicar e satisfazer os critérios de legitimação das normas jurídicas. A teoria procedimental da democracia, de Habermas, fundada na teoria do discurso, é um exemplo.

É esta teoria que servirá de fundamento teórico deste estudo que tem como finalidade demonstrar se a sua aplicação é capaz de promover o controle de legitimidade das normas de um ramo específico do direito brasileiro: o direito tributário. A escolha deste ramo do direito é justificada no decorrer do estudo com mais detalhes, mas uma explicação inicial é necessária.

A princípio, o estudo das normas tributárias se resume à análise de critérios eminentemente técnicos, não havendo espaço para o questionamento acerca da fundamentação das normas, a não ser a própria necessidade de arrecadação que o Estado possui para arcar com todas as suas despesas. Entretanto, como parte integrante do sistema jurídico, suas normas não podem se furtar à análise de legitimidade na sua instituição e da racionalidade da sua aplicação. Ainda mais levando em consideração o fato de que tais normas impõem aos indivíduos a obrigação de entregar parte de seu patrimônio ao Estado, aumentando a possibilidade de dissenso na formação da vontade legislativa.

A obediência a estas normas, diante de um Estado de Direito que se pretenda democrático, portanto, não pode se dar apenas em razão da coercitividade que lhe é inerente. É preciso que se observem critérios que justifiquem a necessidade de sua criação e a racionalidade no momento da sua aplicação a fim de que sejam consideradas válidas e

passíveis de obediência. É o que Habermas analisa como a tensão entre facticidade e validade. Por isso a escolha de ambos os marcos principais do presente estudo: o direito tributário e a teoria procedimental da democracia.

Tomando como base estas considerações, o objetivo principal é analisar a aplicação da teoria procedimental da democracia, de Habermas, ao direito tributário brasileiro, com a finalidade de estabelecer a sua utilidade para ampliação da legitimidade das normas e da racionalidade em sua aplicação.

Para tanto, inicialmente será analisada a teoria comunicativa e a sua relação com o Estado Democrático de Direito, estabelecendo e descrevendo os pressupostos da teoria habermasiana da ação comunicativa e sua relação com o direito. A definição das funções desempenhadas pelo direito no âmbito de referida teoria é fundamental para entender a sua aplicação ao direito tributário brasileiro.

Posteriormente, será promovido um estudo acerca dos instrumentos normativos dos quais o sistema se utiliza para regular as condutas no âmbito do direito tributário, aos quais a doutrina majoritária atribui o nome de fontes do direito. A teoria habermasiana considera o direito como um sistema de normas positivadas, motivo pelo qual se revela a importância do estudo das fontes normativas e da própria jurisprudência como fonte criativa de direitos na oportunidade da aplicação.

O aprofundamento acerca do entendimento de Habermas sobre a atividade judicial constitucional e a racionalidade na qual devem se fundar as decisões é objeto do terceiro capítulo. A aplicação do direito se faz, basicamente, por meio da atividade jurisdicional e o controle da legitimidade e constitucionalidade das normas exige uma decisão racional, diante da própria configuração da sociedade moderna e do Estado de Direito democrático, no qual se insere o direito produzido com base na teoria discursiva.

O último capítulo busca, a partir de um estudo realizado sobre uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, exemplificar o modo pelo qual a decisão judicial deve buscar sua racionalidade a partir da configuração normativa positivada e legitimada por meio do discurso fundado no agir comunicativo.

A conclusão busca cumprir o objetivo proposto pelo estudo, a fim de determinar a utilidade da aplicação da teoria habermasiana à normatização e aplicação das normas tributárias para controle de sua legitimidade e racionalidade democráticas. Nesta tarefa busca, também, justificar de forma mais contundente a escolha das normas circunscritas ao âmbito do direito tributário para a análise empreendida.

Cumpra ressaltar que o estudo não entende a teoria habermasiana como uma teoria definitiva acerca da legitimidade e racionalidade na normatização e aplicação das normas jurídicas, isenta de críticas por perfeitamente aplicável a todas as situações que se apresentam nas relações sociais. A intenção é demonstrar que em uma condição ideal como a imaginada pelo autor no momento da descrição de sua teoria, a sua aplicação é capaz de desvelar os discursos por trás da criação e aplicação das normas jurídicas, mesmo quando não são revelados completamente em razão de sua clara intenção finalística.

Portanto, o estudo parte da hipótese de que a teoria analisada é capaz de determinar a inadequação de certos procedimentos de formação da vontade normativa, seja pelas escolhas políticas ou judiciais, possibilitando um controle mais amplo do sistema jurídico, evitando a tomada de decisões com base em intenções que não podem ser reveladas abertamente, sem ignorar as críticas relativas à capacidade de referida teoria em compreender e solucionar todos os problemas envolvidos no sistema político que escapam ao âmbito do discurso.

2 TEORIA COMUNICATIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A fixação das premissas sobre as quais será realizado este trabalho será essencial para a delimitação dos fundamentos teóricos que subsidiarão a conclusão acerca da hipótese inicialmente apresentada como solução ao problema proposto.

É que o se pretende com este primeiro capítulo, no qual a intenção é o desvelamento da relação sugerida por Habermas entre a Teoria Comunicativa e o Estado Democrático de Direito. O primeiro passo para o cumprimento deste objetivo é delimitar o modo pelo qual o autor encara as relações sociais na modernidade.

2.1 A modernidade e a linguagem na teoria de Habermas

Habermas (2002, p. 3-33), ao tratar da consciência do tempo da modernidade e sua necessidade de autocertificação, parte da análise weberiana do que seria a modernidade e de seu questionamento acerca do problema da história universal: por que fora da Europa o desenvolvimento não segue a mesma via de racionalidade que é própria do Ocidente? Assim o faz para demonstrar que a racionalidade weberiana consubstancia-se no “(...) processo de desencantamento ocorrido na Europa que, ao destruir as imagens religiosas do mundo, criou uma cultura profana”. (HABERMAS, 2002, p. 3). Conclui que para Weber, portanto, a relação entre a modernidade e o racionalismo ocidental é interna. E é exatamente no âmbito desse entendimento que guia sua análise acerca da necessidade de autocertificação da modernidade, oriunda do desaparecimento dos elementos de fundamentação amplamente aceitos, posto que entendidos como superiores à realidade (fundamentação metafísica ou teológica).

A superação de critérios teológicos para as justificações e fundamentações das normas sociais é, portanto, um dos marcos que indica o início do que se denomina modernidade. Isto é, a centralidade da razão humana em substituição a justificações universais advindas de entidades superiores e sobre-humanas é uma das principais características daquilo que se convencionou chamar de modernidade (HABERMAS, 2002, p. 3-7).

Levando-se ainda em conta a perspectiva weberiana, esse processo de racionalização, que atingiu não só a cultura, mas também a própria sociedade, dissolveu as formas de vida

tradicionais e gerou a institucionalização da ação econômica e da ação administrativa racional com respeito a fins. (HABERMAS, 2002, p. 4).

No entanto, a modernização do mundo da vida não foi determinada apenas pelas estruturas da racionalidade com respeito a fins. E. Durkheim e G. H. Mead viram que o mundo da vida racionalizado é caracterizado antes por um relacionamento reflexivo com tradições que perdem sua espontaneidade natural; pela universalização das normas de ação e uma generalização dos valores que liberam a ação comunicativa de contextos estreitamente delimitados, abrindo-lhe um leque de opções mais amplo; enfim, por modelos de socialização que se dirigem à formação de identidades abstratas do eu e que forçam a individualização dos adolescentes. (HABERMAS, 2002, p. 4).

Contudo, a partir dos anos 50 do século XX, quando o termo modernização passou a ser utilizado em um sentido técnico, assumindo forma de uma teoria da modernização, a modernidade se desacopla de suas origens na medida em que se busca o rompimento do vínculo interno entre a modernidade e o contexto histórico do racionalismo ocidental. “A teoria da modernização efetua sobre o conceito weberiano de ‘modernidade’ uma abstração plena de consequências” (HABERMAS, 2002, p. 5).

Essa investigação acaba por criar condições para a discussão, pelos cientistas sociais, de uma pós-modernidade. Isso porque, “Em face de uma modernização que se move por si própria e se autonomiza em sua evolução, o observador social tem razões de sobra para se despedir do horizonte conceitual do racionalismo ocidental em que surgiu a modernidade” (HABERMAS, 2002, p. 6)

Portanto, despede-se da modernidade não em função da fluência dinâmica de seu curso no que se refere às relações sociais. A superação se relaciona “(...) à superfície de uma autocompreensão cultural da modernidade aparentemente ultrapassada” (HABERMAS, 2002, p. 7).

Por seu turno, mesmo entre os teóricos que não consideram o desfazimento da relação interna entre racionalidade e modernidade, é possível a discussão da superação da modernidade como um todo, com o advento de uma pós-modernidade. Habermas assim se posiciona:

A força subversiva de uma crítica à la Heidegger ou à la Bataille, que arranca o véu da razão para exhibir a pura vontade de poder, deve simultaneamente abalar a redoma de aço na qual se objetivou *socialmente* o espírito da modernidade. Dessa perspectiva, a modernização social não poderá sobreviver ao fim da modernidade cultural de que derivou, não poderá resistir ao anarquismo ‘imemorial’, sob cujo signo se anuncia a pós-modernidade. (HABERMAS, 2002, p. 7-8).

Habermas, contudo, questiona esses posicionamentos de ambas as vertentes pós-modernas, a neoconservadora e a anarquista, argumentando que se afastam da autocompreensão da modernidade. Isto é, se afastam das premissas da modernidade estabelecidas pelo próprio Hegel, “(...) o primeiro filósofo que desenvolveu um conceito claro de modernidade (...)” (HABERMAS, 2002, p. 8), que se fundavam na relação entre modernidade e racionalidade, e que permaneceu até Max Weber.

O questionamento, assim, volta-se à pergunta acerca da possibilidade de estabelecimento de outras premissas que não essas erigidas inicialmente e da eficácia de pretendido afastamento. Afirma que, “(...) não podemos descartar *a priori* a suspeita de que o pensamento pós-moderno se arroga meramente uma posição transcendental, quando de fato, permanece preso aos pressupostos da autocompreensão da modernidade, os quais foram validados por Hegel”. (HABERMAS, 2002, p. 8).

Essa compreensão inicial da modernidade, estabelecida por Hegel, se liga a contextos históricos e à necessidade de adoção de modelos e critérios de orientação próprios, extraindo de si mesma sua normatividade. “Hegel foi o primeiro a tomar como problema filosófico o processo pelo qual a modernidade se desliga das sugestões normativas do passado que lhe são estranhas” (HABERMAS, 2002, p. 24), passando a perceber a autocertificação como problema filosófico, como o problema fundamental de sua filosofia.

Assim, Habermas parece não abandonar as premissas da noção inicial de modernidade, calcadas nas teorias de Hegel e Weber, principalmente no que se refere à sua relação interna com a racionalidade. Apesar disso, busca a superação de alguns pontos das teorias referidas e o principal deles é a consideração do subjetivismo e da consciência de si como suficientes para o estabelecimento de critérios de orientação no mundo moderno.

Assim, Habermas, embora influenciado fortemente pelas noções weberianas de modernidade, delas partindo sua análise, não se limitou às suas considerações, indo além para a elaboração de uma teoria crítica acerca da modernidade. É a partir da consideração do desencantamento da estrutura social e do conceito de consciência histórica que parte a análise da teoria habermasiana, mas nela não está limitada.

A crítica habermasiana adota um paradigma voltado ao entendimento e não à filosofia da consciência centrada no sujeito. Assim, o foco é voltado às infraestruturas intersubjetivas obtidas pela interação linguística contínua, a denominada ação comunicativa (WHITE, 1995, p. 51-55).

Para o autor, o princípio da subjetividade é unilateral, pois é capaz de proporcionar a liberdade subjetiva, mas não tem “(...) força suficiente para regenerar no *medium* da razão o

poder unificador da religião” (HABERMAS, 2002, p. 30), não sendo possível, através dele, estabelecer critérios de orientação no mundo moderno e que lhe sejam próprios.

E o entendimento capaz de superar o subjetivismo insuficiente à autocompreensão da modernidade se funda na ação comunicativa e na utilização dos atos de fala. Antes, contudo, de traçar as considerações pertinentes à ação comunicativa e a utilização que faz dos atos de fala para obter o pretendido entendimento, é preciso que se diga que diálogo e intersubjetivismo não se confundem, apesar de guardarem estreita relação entre si (MARCANTONIO, 2014, p. 64). Isso porque, o diálogo pode existir mesmo naquelas ações subjetivas, de orientação para o sucesso.

Nesse caso, o diálogo não está aberto ao intersubjetivismo e, conseqüentemente, ao entendimento. Ou seja, não é a preocupação com o outro a própria estrutura dialógica da teoria. Esta se liga à sua base teórica, qual seja, a filosofia da linguagem e não propriamente à preocupação com o outro. (MARCANTONIO, 2014, p. 64).

A linguagem, base da teoria habermasiana, é estruturadora das formas de vida. Para o autor a linguagem importa na coordenação das ações sociais (WHITE, 1995, p. 51-55). É necessário que se diga, entretanto, que a linguagem em Habermas não possui um caráter instrumental. “(...) a linguagem não é simplesmente um *instrumento* na avaliação de Habermas, mas também um *contexto* preexistente, no qual a comunidade emerge em situações específicas apenas em relação a uma orientação comum mais ampla à base de validade compartilhada do discurso”. (WHITE, 1995, p. 54).

Diante da busca pelo entendimento e pelo caráter da intersubjetividade, Habermas preocupa-se com a análise pragmática da linguagem e não somente com os planos da sintaxe e da semântica como fazem as teorias lógicas. (SEGATTO, 2008, p. 42).

O estabelecimento das premissas que norteiam seu entendimento acerca da modernidade é de fundamental importância para o entendimento da tensão entre facticidade e validade exposta por Habermas e que será tratada mais à frente. Isso porque, é ainda considerando a racionalidade e a necessidade de autocertificação da modernidade fundada nesse processo de desencantamento, como sustentado por Weber, que o autor sustenta a legitimação das normas jurídicas por meio de instrumentos internos ao próprio direito, a partir de normas por ele mesmo estabelecidas.

Essas afirmações serão analisadas com mais vagar no decorrer deste capítulo, mas a apreensão da exigência de autocertificação da modernidade, advinda do processo de desencantamento racional (superação de critérios teológicos para a fundamentação dos

eventos naturais e sociais, com a criação de uma cultura profana), é fundamental para o entendimento da teoria habermasiana.

Esclarecidos os pressupostos sobre os quais se funda, basicamente, a teoria da modernidade em Habermas e a necessidade de seu entendimento para a formação de critérios convenientes para orientação nesse contexto, passa-se à análise das formas de ação que o autor considera existentes nas relações sociais modernas, mormente aquela que, segundo ele, lhe dá estrutura: a ação comunicativa voltada ao entendimento.

2.2 Teoria da ação comunicativa

No âmbito de uma modernidade que busca autocertificar-se, em que se perdem os critérios teológicos de justificação comuns a todos nela inseridos, e que revela uma sociedade plural, as relações sociais se tornam mais complexas, dificultando a coordenação e a integração da ação dos indivíduos.

Para explicar as interações sociais ocorridas nesse contexto, Habermas divide as ações dos indivíduos em: ação comunicativa e ação orientada a fins. A ação orientada a fins se divide, a seu turno, em ação instrumental e ação estratégica. E “O que diferencia a ação instrumental e a estratégica é que na primeira se busca realizar intervenções técnicas nos estados de coisas e os acontecimentos, enquanto na segunda está em jogo a influência dos atos uns sobre os outros”. (REPA, 2008, p. 57).

Já a ação comunicativa “(...) é aquele tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos planos de ação das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, de um entendimento entre as partes, obtido através da linguagem”. (REPA, 2008, p. 57).

Como se pode perceber dos conceitos acima expressos, apenas as ações comunicativa e estratégica podem ser consideradas como, efetivamente, ações sociais, visto que a ação instrumental se traduz em uma relação do indivíduo com objetos ou fatos. O entendimento expresso por Marcantonio (2014, p. 63-67) caminha também neste sentido ao afirmar que, em se tratando de ações sociais, a oposição ocorre entre a ação estratégica e a ação comunicativa.

Ambas as ações sociais acima referidas são racionais e, portanto, inseridas no contexto da sociedade moderna que busca seus critérios de fundamentação em sua própria

racionalidade. Contudo, uma racionalidade fundada exclusivamente no agir estratégico não poderia levar a respostas satisfatórias, por encobrir processos subjetivos irrefletidos aplicados no âmbito da sociedade. Isto é,

O problema central do pensamento de Habermas foi como demonstrar que uma compreensão exclusivamente instrumental ou estratégica da racionalidade é de algum modo inadequada e que, portanto, o processo histórico de aumentar a racionalização weberiana do mundo representa uma ameaça ao potencial pleno dos seres humanos de incluir razão no suporte dos problemas de sua existência social e política. (WHITE, 1995, p. 35).

Assim, a saída para a integração e coordenação das ações sociais seria pela via da ação comunicativa que visaria o entendimento entre os indivíduos. E a investigação do saber contido nessa ação, desemboca na análise sobre os atos de fala e da pragmática formal.

Marcantonio (2014, p. 67-69), nesse passo, traz importante informação acerca do modo pelo qual o entendimento é possível por meio da teoria da ação comunicativa que se utiliza da linguagem. O faz quando traça um paralelo entre a teoria de Habermas e o consenso peirceano.

Ainda relativamente à proximidade entre as duas teorias, McCarthy (1989, p. 299) chega até mesmo a afirmar uma estreita relação entre a verdade em Habermas e o conceito de consenso em Peirce, quando aduz que “A teoria da verdade de Habermas é uma versão muito revisada da teoria do consenso de Peirce”¹.

Mas é pela teoria dos atos de fala que Marcantonio (2014, p. 70) afirma ser possível a intersubjetividade, sendo eles as unidades elementares da comunicação e que, em Habermas, focam-se no aspecto procedimental/formal. O autor afirma que “Assim, a *ação comunicativa* habermasiana volta-se diretamente para o *entendimento* e utiliza-se do conteúdo dos atos da fala como procedimento para se chegar ao já mencionado *entendimento*” (MARCANTONIO, 2014, p. 69, grifos no original).

Mesmo afirmando a importância dos atos da fala de Peirce na teoria da ação comunicativa de Habermas por tornarem possível a subjetividade, Marcantonio (2014, p.69-70) atribui a eles um caráter secundário e reforça o caráter pragmático da linguagem como o aspecto mais importante.

Entretanto, a simples presença do diálogo não transforma o agir em ação comunicativa. Isso porque, como dito anteriormente, até mesmo nas ações voltadas para o

¹ No original: “Habermas’s theory of truth is a much revised version of Peirce’s consensus theory (...)”.

sucesso o diálogo pode estar presente. Assim, o agir comunicativo supera o mero diálogo e considera o discurso para a consecução do entendimento e do intersubjetivismo.

Ocorre que na ação comunicativa orientada ao entendimento, o indivíduo não tenta causar no seu interlocutor um determinado efeito através do que é dito, mas sim busca o reconhecimento não forçado da validade do que é dito (REPA, 2008, p. 59).

As pretensões de validade fundamentais contidas em um discurso fundado na ação comunicativa são a verdade, a justeza normativa e a veracidade. A pretensão de verdade se liga ao mundo objetivo, enquanto a justeza normativa se liga ao mundo social e a veracidade ao mundo subjetivo de cada indivíduo. Ainda, além dessas pretensões de validade fundamentais, há também a pretensão de inteligibilidade.

Tratando da presença das pretensões de validade nos atos de fala, Repa (2008, p. 59) afirma que “É importante sublinhar mais uma vez que todo ato de fala está associado a esses três aspectos de validade, de modo que pode ser questionado por um lado o que o falante não pretendia destacar, mas que é relevante para o ouvinte”.

Isto é, durante a emissão dos atos de fala, as próprias pretensões de validade podem ser questionadas pelo interlocutor. Quando ocorre esse questionamento e o falante quer se manter em ação comunicativa, ele tem que demonstrar as razões que sustentam a pretensão de validade inicialmente suscitada, passando-se, assim, para o nível do discurso, “(...) o que nada mais é do que encetar um processo de argumentação, de discussão, regulado por procedimentos que assegurem idealmente a ausência de toda coerção, fora aquela do melhor argumento” (REPA, 2008, p. 60).

Estas afirmações levam à conclusão de que se as próprias pretensões de validade podem ser questionadas pelo ouvinte no momento do discurso, devendo o falante valer-se da argumentação para mantê-las íntegras, o risco de dissenso é alto e está sempre presente. O questionamento que surge a partir daí é de que modo podem-se estabilizar as relações sociais em um contexto de interação comunicativa.

Diante disso, a análise em abstrato das relações sociais leva Repa (2008, p. 61) a afirmar que: “Aparentemente, recorrer ao conceito da ação comunicativa seria contraproducente para a explicação da integração social. Ele parece talhado antes para a desintegração social, já que aponta estruturalmente para um processo de discussão em que nada pode reivindicar validade inquestionável”.

A saída de Habermas para esta problemática é bem explicitada por Repa (2008, p. 61):

Esse conjunto de certezas imediatas, que forma uma totalidade e não se deixa penetrar a bel-prazer, é o mundo da vida, ou seja, um saber que serve de pano de fundo, que se desloca conforme se tematiza este ou aquele de seus componentes, mas que, enquanto mundo, não pode ser objeto de discussão para os participantes da interação.

Assim, a fim de completar o estudo da ação comunicativa e seu papel de integração e coordenação das relações sociais no contexto de uma sociedade racional, plural e complexa, passa-se à análise mais detida acerca da noção de mundo da vida, bem como da noção de sistema adotada por Habermas.

2.3 A noção de mundo da vida e os sistemas

A configuração do conceito de mundo da vida tem como ponto de partida o risco de dissenso a que se submete uma sociedade racional que busca a integração por meio da ação comunicativa, fundada no discurso, e que admite o questionamento, pelo ouvinte, das pretensões de validade erigidas pelo falante. O agir comunicativo não parte de um grau zero de sentido, sem qualquer pretensão que se possa exigir como indiscutível em certo momento. (WHITE, 1995, p. 92-102).

Habermas (2003, p. 42,a) assim discorre sobre o assunto: “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo, reproduzido por meio da ação comunicativa, de tradições culturais entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais”. O mundo da vida, assim, demonstra três componentes estruturais: a cultura, a sociedade e a personalidade. O autor assim explica cada um desses elementos componentes:

Denomino *cultura* o acervo de saber de que se suprem com interpretações suscetíveis de consenso aqueles que agem comunicativamente ao se entenderem sobre algo no mundo. Denomino *sociedade* (no sentido estrito de um componente do mundo da vida) as ordens legítimas a partir das quais os que agem comunicativamente, ao contraírem relações interpessoais, criam uma solidariedade apoiada sobre pertenças a grupos. *Personalidade* serve como termo técnico para designar competências adquiridas que tornam um sujeito capaz de falar e agir, pondo-o em condições de participar de processos de entendimento em um contexto sempre dado, e de afirmar sua própria identidade em relações de interação mutáveis. (2002, p. 476).

A relação entre esses três componentes e os processos comunicativos cotidianos é de circularidade. Ocorre que na mesma medida em que os processos comunicativos buscam recursos nos componentes citados, acabam por reproduzi-los, introduzindo mudanças e

novidades. “Habermas denomina esse processo circular que se dá entre o mundo da vida e a ação comunicativa como reprodução simbólica do mundo da vida. Conforme os três componentes, ela se efetua como reprodução cultural, como integração social e como socialização”. (REPA, 2008, p. 62).

Contudo, essas “tradições” não se mantem imutáveis de acordo com o aumento da racionalização social (avanço das sociedades pré-modernas para as modernas) e dos potenciais de racionalidade inscritos na ação comunicativa, ao que Habermas denomina “racionalização do mundo da vida”. (REPA, 2008). É dessa forma que o mundo da vida se reproduz simbolicamente e, enquanto se reproduz, “(...) passa a depender cada vez mais das cooperações dos próprios atores envolvidos em ações comunicativas”. (REPA, 2008, p. 63).

O próprio Habermas (2003, p. 44, a) afirma que “É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação a pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social”.

Diante disso, o próprio autor apresenta uma problematização: “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmo pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes”? (HABERMAS, 2003, p. 46,a). Soma-se a isso o fato de que ao agente sempre é dada a alternativa de agir estrategicamente. “Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado” (HABERMAS, 2003, p. 46,a).

O próprio autor pretende responder à esta questão com a seguinte afirmação: “Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem”. (HABERMAS, 2003, p. 46,a).

Repa (2008, p. 64) afirma que:

A esta altura já se torna patente que tal regulamentação normativa cabe ao direito moderno, já que ele poder reunir tanto um aspecto como outro, tanto o aspecto da facticidade da imposição de delimitações para a ação estratégica como o aspecto da validade do reconhecimento intersubjetivo das normas jurídicas sem a qual estas não poderiam ter nenhuma força social integradora.

Além disso as sociedades modernas não somente se integram por meio de interações sociais, calcadas no agir comunicativo circunscrito ao mundo da vida. Elas também se integram sistematicamente, através do dinheiro (mercado) e do poder administrativo. Isto é, a integração é social e/ou sistêmica.

A seu turno, “(...) uma vez que esses mecanismos de coordenação da ação precisam se institucionalizar juridicamente, o direito se liga não só à fonte de integração social que se dá por meio do entendimento, mas também a essas duas fontes de integração sistêmica que são o dinheiro e o poder”. (REPA, 2008, p. 65).

A formação desses subsistemas do dinheiro e do poder propiciou um desacoplamento entre eles e o mundo da vida, de modo que este passa ser apenas um ambiente, um meio circundante daqueles. Também esse desacoplamento resultou do processo de racionalização propiciador da reprodução simbólica do mundo da vida, o que demonstra que a sua reprodução é, também, material e não apenas simbólica.

Esses sistemas possuem em seu interior regras próprias de reprodução e de autoconservação. E quando, impulsionados pelos próprios imperativos de autoconservação, passam a invadir o mundo da vida racionalizado no processo de reprodução material, Habermas constata o que chamou de *colonização do mundo da vida por parte do sistema*:

(...) ou seja, um processo de monetarização e burocratização das relações sociais em geral, de modo que a lógica da racionalidade com respeito a fins, ou a racionalidade cognitivo-instrumental, se impõe sobre a racionalidade comunicativa como um todo, e isso justamente nos núcleos de reprodução simbólica. (REPA, 2008, p. 67).

Contudo, esta colonização do mundo da vida pelos sistemas do poder burocrático e do dinheiro pode ser controlada por meio de um direito democrático. E isso somente é possível, pois, diferentemente da teoria dos sistemas de Luhmann (1983, p. 30-45), para o qual não havia algo como um mundo da vida, os sistemas precisam se institucionalizar e, além disso, estão inseridos dentro do próprio mundo da vida. “Dessa maneira, é estruturalmente possível modificar politicamente, por meio da esfera pública e do direito, no contexto de um Estado de direito democrático, as relações entre mundo da vida e sistema” (REPA, 2008, p. 68).

Isto é, o direito democrático é admitido como o meio pelo qual é possível a transposição do agir comunicativo para a esfera dos sistemas. Nesse passo, o direito passa de *medium* que articula internamente os sistemas para o *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo, influenciando a composição do próprio sistema e sua institucionalização.

Estabelecidas as noções de mundo da vida e sistemas, bem como a função que o direito desempenha na estruturação desses conceitos habermasianos, agindo como *medium* interno de regulação das ações estratégicas e de *medium* externo, que possibilita a transposição do agir comunicativo para o interior dos sistemas dominados pelo agir

estratégico e pelo instinto de autoconservação, passa-se à análise da relação estabelecida entre o Estado de Direito e a Democracia na teoria da Habermas, pois, para o autor, o direito, para cumprir as funções acima mencionadas, deve ser democraticamente constituído.

2.4 A legitimação do poder político pelo direito: a tensão entre facticidade e validade no âmbito externo do direito.

A regulamentação normativa através do direito não é vista por Habermas apenas como meio de controle das ações estratégicas no âmbito das relações horizontais entre os indivíduos. O direito é entendido por ele, também, como o meio pelo qual é possível a transposição do agir comunicativo para dentro dos sistemas dominados pelo agir estratégico.

O direito é, então, instrumento através do qual se legitima o poder político organizado na forma de Estado Democrático de Direito, demonstrando, neste ponto, a tensão entre facticidade e validade no âmbito das relações entre os indivíduos e o poder público. Para Habermas, contudo, a relação entre direito e política não é meramente complementar, como o é com a moral. É uma relação de interdependência e constituição recíproca. Assim escrevem Werle e Soares (2008, p. 118) sobre o assunto:

(...) não é possível pensar o exercício do poder político sem o direito e o direito sem a sanção do poder estatal. Pois, por um lado, o direito positivo serve à política como um meio de organização e imposição de poder. Por outro, sendo uma construção jurídica, o exercício legítimo do poder político obedece a princípios e regras jurídicas que o autorizam e que lhe impõe restrições e limites.

A análise dessa relação entre direito e política, no âmbito das sociedades modernas, toma, normalmente, duas perspectivas distintas, considerando sempre o direito como um conjunto de normas positivas e coercitivas.

Em uma delas, a ação política legitima o direito e se exerce por meio dele, reduzindo as normas jurídicas a um instrumento de afirmação da vontade de poder; em um segundo enfoque, o direito coloca limites à ação política na medida em que o poder político aparece como mero meio de imposição das normas de um sistema jurídico que se legitima por sua própria racionalidade. (WERLE; SOARES, 2008, p. 119).

Diante disso, é possível perceber que na primeira perspectiva o direito não passa daquilo que o poder político assim institui, derivando diretamente deste, figurando o poder

político em um patamar de superioridade. É neste ponto que surge o questionamento acerca da diferença entre esse Estado de Direito e uma comunidade que cria suas próprias regras baseadas no direito do mais forte, através do poder político.

Os contratualistas foram os primeiros a tentar encontrar uma solução para referido questionamento, buscando uma fonte de justiça que legitimasse o direito diretamente derivado do poder político. A tentativa de fixar um padrão de legitimação para o direito e o poder político por meio do consentimento racional de todos os indivíduos, considerados como iguais, é ponto central da doutrina contratualista (WERLE; SOARES, 2008, p. 122).

E seria o contrato social esse padrão de legitimação que deve se fundar em determinado ideal de justiça, posta em prática por um procedimento racional de legitimação. Esse ideal de justiça era, em regra, fundada na autonomia dos indivíduos.

Com isso, a relação entre política e direito se perde em dois extremos: por um lado temos a instrumentalização política do direito como meio de organização do poder, ficando à mercê das contingências das decisões de um legislador soberano; mas, por outro, o direito guarda um momento de incondicionalidade, que consiste no fato de que o direito, mesmo servindo como instrumento do poder, ainda precisa se remeter a uma justificação a partir da razão prática: a ideia de acordo racional na forma do contrato social. (WERLE; SOARES, 2008, p. 125).

A seu turno, a racionalização advinda do avanço das sociedades modernas, faz com que um conceito de justiça fundado em um direito natural não mais se sustente, dando ensejo ao surgimento da uma segunda perspectiva. É nesse sentido que caminha o trabalho de Max Weber, que afirma ser a dominação racional-legal e não a dominação carismática e tradicional a medida de legitimação das normas jurídicas e do poder político. (WERLE; SOARES, 2008, p. 126).

Essa legitimação se traduz em fé na legalidade (formalismo e positividade). O que valida as normas são suas qualidades formais próprias. Contudo, esse viés possui um caráter decisionista e, para fugir disso, Weber assume a legitimação através do procedimento. “A legitimação mediante o procedimento não significa que se recorra às condições formais de justificação político-moral das normas jurídicas, mas, sim, à observância de regras procedimentais estabelecidas para a criação, interpretação e aplicação do direito”. (WERLE; SOARES, 2008, p. 127).

Assim, é a racionalidade da forma jurídica de seu exercício que confere legitimidade ao poder. É a legalidade que legitima o poder.

Entretanto, de acordo com Werle e Soares (2008, p. 128) Habermas afirma que ambas as perspectivas, a contratualista e a legalista, não conseguem explicar satisfatoriamente

a relação entre direito e poder político. Isso porque, quando o direito é exclusivamente aquilo que se origina do poder político, ele acaba por se dissolver na própria política o que leva à dissolução do conceito moderno de poder político. Já quando o direito é entendido apenas com base em sua própria racionalidade, “(...) se torna difusa a própria identidade do direito, pois lhe faltam os pontos de vista legitimadores pelos quais o sistema jurídico poderia preservar o sentido normativo de sua estrutura”. (WERLE; SOARES, 2008, p. 128).

A teoria adotada por Habermas para discriminar as relações entre poder político e direito tem suas bases exatamente no que o autor entende por direito. Habermas (2003, p. 307,b) afirma que:

O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formas da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos do direito.

É importante ter em mente, portanto, que a legitimação das normas jurídicas em Habermas não é fruto da própria imposição do poder político e nem mesmo se funda na mera legalidade formalizada racionalmente.

O que se entende por isso é que apesar de a legitimidade se fundar na legalidade, não é qualquer legalidade. É “(...) uma legalidade ela mesma produzida legitimamente, que mantém alguma relação com as fontes de justiça. O exercício do poder na forma do direito não pode ser deslocado do momento de sua fundamentação”. (WERLE, SOARES, 2008, p. 129).

Assim, o poder político se legitima a partir de sua organização na forma do direito. Este, por sua vez, não se legitima apenas por sua forma, mas por meio da estrutura reflexiva aberta à prática de autodeterminação política dos cidadãos. É exatamente com base nisso que Werle e Soares (2008, p. 129) afirmam que “O argumento central desenvolvido por Habermas em *Direito e Democracia* consiste em demonstrar que há um vínculo interno entre Estado de Direito e democracia deliberativa que não é meramente histórico ou casual, mas que resulta do próprio conceito moderno de direito positivo”.

Em uma sociedade plural e complexa, que superou a moral tradicional, o direito encontra sua legitimidade no procedimento democrático, sendo esta, para o autor, a única fonte pós-metafísica de legitimação.

Assim, o direito capaz de realizar o influxo do agir comunicativo para o sistema do poder político, dominado pelo agir estratégico, é aquele legitimado democraticamente. Habermas (2003, p. 220) afirma que a ideia central do Estado de direito é que ele “(...) é desenhado para pormenorizar o sistema de direitos em termos de uma ordem constitucional na qual o *medium* do direito se torne efetivamente um transformador de poder que reforce os tênues fluxos de integração de um mundo da vida comunicativamente estruturado”.

Werle e Soares (2008, p. 142) terminam por bem traduzir a tensão entre facticidade e validade no âmbito do direito como *medium* externo de comunicação entre o mundo da vida e o sistema:

Para finalizar, a reconstrução da tensão entre facticidade e validade no âmbito do poder político organizado na forma do Estado Democrático de Direito insere-se numa concepção complexa de democracia deliberativa, na qual a prática de autodeterminação dos cidadãos é institucionalizada: como formação racional da opinião e da vontade na esfera pública política, como participação política nas instituições da democracia representativa.

Assim, a legitimação do poder público pressupõe uma soberania popular que usa suas liberdades subjetivas e o poder politicamente organizado para, através do processo comunicativo, formar uma instituição que não se confunde com vontade ou opinião (HABERMAS, 2003, p. 173).

2.5 A relação entre direito e moral

Antes de analisar a tensão interna entre facticidade e validade no direito, é necessário esclarecer um marco importante de sua legitimação na teoria habermasiana: ao mesmo tempo em que não admite a fundamentação do direito através de critérios morais inquestionáveis, o autor não exclui a moral do âmbito do direito, isto é, não admite uma racionalidade moralmente neutra para legitimar o direito positivo.

Para aprofundar a explicação da relação entre direito e moral, algumas considerações são necessárias. Direito e moral, em Habermas, diferenciam-se a partir do processo de racionalização da modernidade, mas mantém entre si uma relação de complementariedade.

À guisa de esclarecimento e reforço da noção de racionalidade, o que é essencial para apreender a afirmação feita acima, cumpre ressaltar que o processo de racionalização da

modernidade pode ser encarado tanto do ponto de vista sociológico, quanto do ponto de vista normativo.

Sociologicamente temos a figura da reflexividade e da problematização. Essa superação do referencial superior cria o que Habermas chama de moral pós-convencional. A principal característica desses novos fundamentos é a autonormatividade. “Com isso, não há fundamento externo que prescreve normas para os diferentes domínios, mas esses mesmo formulam as suas próprias normas, o seu próprio modo de funcionamento”. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 74).

Já o ponto de vista normativo procura encontrar um ponto comum entre essas regras próprias de cada sistema tão diferentes entre si. “Para a teoria do discurso, o ponto em comum das normas dos diferentes domínios diz respeito ao *procedimento* inerente ao funcionamento das mesmas”. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 75). Ao mesmo tempo, abre-se a oportunidade para a reflexividade em face da própria validade das normas e regras, isto é, sobre a legitimidade procedimental de sua criação.

Não havendo mais as orientações autoevidentes da sociedade tradicional, a moral e o direito têm de ordenar legitimamente as relações sociais cada vez mais complexas e plurais, de acordo com normas justificadas. Isto é, “A questão sobre a relação entre moral racional e direito positivo consiste em como compreender os processos de socialização e de integração social sobre as condições de sociedades modernas, complexas e pluralistas”. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 77).

Não havendo mais um *ethos* comum e difundido, como justificar as normas sociais e fazer com que sejam aceitas como válidas? Keinert, Hulshof e Melo afirmam que

Segundo Habermas, a moral e o direito tentam solucionar esta questão de conflitos surgidos de uma socialização cada vez mais complexa e plural através da coordenação e regulação legítima das ações por regras e princípios reconhecidos intersubjetivamente.

Mas ambas as esferas buscam a solução do problema apresentado por meio de ângulos distintos em razão da diferenciação.

A moral racional torna-se mais uma forma de regulação das relações sociais, mas não dispõe necessariamente as pessoas para a ação. A moral seria um sistema de saber, um modo de avaliar e julgar a justiça e certeza de determinada ação ou norma. Mas é só mais um saber cultural como a ética e a política. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 79).

Essa moral racional, a seu turno, não é apenas individual. Mas como é apenas um sistema de saber, exige que o direito a complemente por ser ele, também, um sistema de ação.

O direito complementa a moral racional tanto como um sistema de saber, uma vez que pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas, quanto como um sistema de ação, na medida em que institucionaliza as normas em um sistema jurídico, cujos complexos de regulação para a ação têm eficácia imediata. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 80).

Contudo, a aplicação coercitiva das normas do direito, que suprem o *déficit* resultante da decomposição da eticidade tradicional, necessita, também de um critério normativo, isto é, de legitimação. Ainda, a moral racional que se pretende universal, como em Kant, dá um salto com Habermas quando este a afirma pela teoria do discurso, na medida em que ela só pode se tornar universal em razão de um procedimento discursivo, dialogicamente. (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 80-85). A ideia se desloca para o que cada um quer como lei universal para o que todos podem querer como norma universal (McCARTHY, 1989, p. 369).

A relação entre direito e moral, para o autor, é, também, uma relação interna. As qualidades formais do direito racional, no sentido weberiano, “(...) só oferecem argumentos legitimadores à luz de princípios dotados de conteúdo moral”. (HABERMAS, 2003, p. 202,b). O autor, admitindo o conceito de processo institucionalizado judicialmente, no qual as normas estabelecem o modo de criação das outras normas, como central nos modernos sistemas jurídicos, assim resume esta relação entre direito e moral:

(...) se as qualidades do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental. (HABERMAS, 2003, p. 203,b).

A moral se internaliza nos discursos de formação do direito através do procedimento formalmente estabelecido. Além disso, possui com ele uma relação de complementaridade na medida em que:

(...) o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais de uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. (HABERMAS, 2004, p. 297)

Assim, o poder exercido com base em um direito positivo deve sua legitimidade a uma moral implícita nas qualidades formais do direito, moral esta que tem em comum com o direito a obediência a um processo intersubjetivo de aceitabilidade racional, qual seja, o princípio do discurso. (HABERMAS, 2003, p. 214, b)

2.6 A legitimação da legalidade: a tensão entre facticidade e validade no âmbito interno do direito

Fixada a necessidade de o poder político se fundar no direito, estabelecendo com ele uma relação de circularidade, bem como a necessidade de este direito ser legitimador do poder administrativo, passa-se a questão acerca da legitimação do próprio direito, isto é, a tensão entre facticidade (coercitividade) e validade (legitimidade) no âmbito interno do direito, tendo em mente a diferenciação estabelecida anteriormente entre direito e moral.

Em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Habermas aborda esta questão da legitimação do direito moderno que não pode se fundar mais em critérios teológicos, metafísicos ou em uma moral tradicional, e nem mesmo na mera legalidade. Tratando de referida abordagem na obra citada, Villas Bôas Filho (2008, p. 149) afirma que:

Habermas descreve o direito moderno como um sistema de normas positivas e, portanto, mutáveis, de caráter impositivo, que, por pretenderem garantir a liberdade, não podem assegurar seu potencial motivacional apenas nas ameaças de sanções institucionais, ostentando assim uma inequívoca pretensão de legitimidade que, entretanto, se por um lado, não pode se confundir com a mera legalidade, por outro, também não encontra mais fundamento num marco legitimatório inquestionável fornecido pela tradição.

A arguição de legitimidade das normas jurídicas se funda na tentativa de o direito não perder o seu momento de indisponibilidade. O questionamento de Habermas, portanto, se volta para o critério de fundamentação de um direito que pode ser modificado a qualquer tempo pelo legislador político (HABERMAS, 2003, p. 308, b). A busca pela legitimidade, portanto, pretende afastar o direito de se consubstanciar em um conjunto de normas postas conforme apenas a vontade do poder político em um conjunto de imposições arbitrárias.

Tratando do tema, Villas Bôas Filho (2008, p. 151) afirma que:

(...) sem as pretensões de legitimidade, o direito desloca-se para o plano da mera violência ou, na melhor das hipóteses, para o plano de uma tecnologia de dominação, reduzindo-se o cumprimento de suas normas, por parte dos destinatários, ao simples cálculo estratégico acerca das consequências que podem advir do descumprimento das mesmas.

Ocorre que para Habermas a obediência ao direito é muito mais fruto de sua legitimidade do que de sua coercitividade. E essa legitimidade funda-se na aceitabilidade discursiva dos próprios destinatários das normas que são, também, no âmbito de um processo democrático, seus autores. (HABERMAS, 2003, p. 208). A legitimidade, portanto, não flui da mera positividade e, se assim fosse, o potencial comunicativo do direito, que se coloca além da legalidade, não seria satisfeito. (VILLAS BÔAS FILHO, 2008, p. 153).

É preciso ressaltar que as afirmações habermasianas acerca da legitimidade do direito estão calcadas em uma superação da filosofia da consciência e sua consequente substituição pela filosofia da linguagem e pela sua utilização voltada ao entendimento, fundada procedimentalmente.

Do mesmo modo, o direito não é legitimado pela moral, pois:

(...) quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo do que a argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais. (HABERMAS, 2003, p. 290,a).

É possível perceber das posições expressas anteriormente que a exigência de legitimação do direito não prescinde do estabelecimento de um nexos conceitual intrínseco entre Estado de direito e democracia, garantidora de uma procedimentalidade discursiva voltada ao entendimento.

Nesse sentido, a força do poder comunicativo é necessária para fazer migrar suas demandas normativas, por meio do direito, para o plano sistêmico, transformando-o, o que a princípio não seria possível pela mera linguagem do mundo da vida.

Villas Bôas Filho (2008, p. 159-160) afirma, neste sentido, que

A fundamentação da legitimidade do direito deve estar baseada na força normativa de demandas engendradas pelo entendimento comunicativo de agentes que interagem num mundo da vida racionalizado no qual se formam esferas públicas não contaminadas pelos imperativos sistêmicos do poder político e da economia.

Há então uma conjugação entre um mundo da vida racionalizado e os sistemas, no qual aquele promove o conteúdo normativo deste, sempre fundado no entendimento

comunicativo. Dessa afirmação é possível extrair parte da crítica feita por Habermas à teoria sistêmica de Luhmann, na medida em que este autor promove o isolamento do sistema, que seria autopoietico e não permeável às comunicações exteriores.

A afirmação de Villas Bôas Filho (2008, p. 164) resume bem a diferenciação entre as teorias citadas:

(...) na perspectiva sistêmica, direcionada à autonomia dos sistemas funcionais da sociedade moderna que conduz a uma ênfase na diferenciação social, há a necessidade de uma legitimação interna do direito, ao passo que, na teoria do discurso, observa-se que a legitimação do direito não se desvincula de um enraizamento no acordo racionalmente motivado que emana da ação comunicativa que está na base da formação da opinião pública numa esfera pública autônoma.

Assim a racionalidade continua figurando como critério fundamental quando se questiona acerca da legitimidade do direito positivo. Ocorre que o eixo racional se desloca da positividade, da simples derivação formal de uma norma de outra, para o próprio procedimento de criação das normas, que deve ser fundado democraticamente, de modo que garanta a participação dos atores envolvidos, com base na ação discursiva voltada ao entendimento.

É possível afirmar, portanto, que a racionalidade do direito, como elaborada por Weber, por exemplo, não se sustenta em uma sociedade integrada através de mercados na qual “Qualquer tentativa teórica visando deduzir, de modo definitivo, os fundamentos do direito privado e público, a partir de princípios superiores, vinha chocar-se com a complexidade da sociedade e da história”. (HABERMAS, 2003, p. 241, b).

Esse é o principal motivo do abandono do direito racional clássico, substituído pela ideia de Estado de direito, que desenvolveu-se em consonância com os anseios democráticos e exigências de legitimação. Para Habermas (2003, p. 290-292,b), a ideia de Estado de direito consubstancia a separação dos poderes e o apoio da legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição que possam garantir imparcialidade.

Assim, “Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes”. (HABERMAS, 2003, p. 246, b).

Sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa, a teoria do Estado de direito é vertida sob as bases de uma teoria do discurso. O nexos interno entre Estado de direito e democracia, a ser tratado no próximo item, origina-se do fato de que somente o processo

legitimador que seja democrático é capaz de garantir a autonomia pública e privada dos sujeitos de direito, representadas, respectivamente, pela soberania popular e pelos direitos fundamentais.

2.7 Estado de direito, democracia e teoria comunicativa

Frente a esta configuração do direito e de sua relação complementar com a moral, Habermas (2003, p. 307, b) aduz que:

O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todo os sujeitos de direito.

Essa pretensão de legitimidade surge não somente no momento da criação, mas também na imposição do direito. A resposta à pergunta de *onde* essas normas tiram sua legitimidade torna-se complexa e nas sociedades modernas plurais. Para o autor, a única resposta a esta pergunta encontra-se no processo democrático, mas que também, por sua vez, deve buscar uma fonte legitimadora.

A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de tema e de contribuições, de informações e argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, desse modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais. *Prima facie* há duas considerações que falam a favor do princípio da teoria do discurso. (HABERMAS, 2003, p. 308, b).

Sob o ponto de vista de uma *teoria da sociedade*, o direito é o *medium* que garante o reconhecimento recíproco nas relações do sistema, garantindo estabilização de expectativas de comportamento. Ou seja, transporta as possibilidades do agir comunicativo entre conhecidos e conceitos concretos para um âmbito entre desconhecidos mediados pelo sistema.

Pela *teoria do direito*, “(...) as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento

como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatárias”. (HABERMAS, 2003, p. 309, b).

Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito, que pressupõe um nexos interno entre Estado de direito e democracia, que transparece também na dialética entre igualdade de fato e de direito, tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação. (HABERMAS, 2003, p. 310,b).

Cumpramos ressaltar, assim, que o modelo democrático habermasiano é normativo e procedimental, diferente do liberal e do republicano, incorporando elementos de um e de outro. Nesse modelo deliberativo de democracia, deferente dessas concepções, a fonte de legitimidade deixa de ser a vontade geral comum a todos e passa a ser a própria deliberação comum a todos. A fonte de legitimidade encontra-se, portanto, na formação da vontade e não na vontade em si. Assim, Habermas se questiona sobre o fundamento racional da aceitação da ordem política, de que forma que o processo de formação da vontade se sobrepõe à própria tomada de decisão. (VITALE; MELO, 2008, p. 228).

Isto é, a legitimidade “(...) se concentra no processo precedente de formação da opinião e da vontade por meio da qual uma certa decisão pode ser racionalmente examinada em relação a argumentos e razões oferecidas por todos os participantes em discursos racionais”. (VITALE; MELO, 2008, p. 228)

Essa fundamentação deliberativa está calcada no princípio do discurso (princípio D), segundo o qual são válidas as formas de ação nas quais todos os possíveis interessados podem dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Assim:

(...) na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas sim de institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos da comunicação, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se forma de modo informal. (HABERMAS, 2003, p. 21,b).

Essa afirmação de um nexos interno entre Estado de direito e democracia, por sua vez, exige que o direito positivo não pode ser subordinado à moral, que a soberania do povo e os direitos humanos pressupõe-se mutuamente e que o princípio da democracia é independente da moral, possuindo raízes próprias. (HABERMAS, 2003, b).

Essa concepção discursiva do direito visa à superação não só da concepção natural do direito, mas também do positivismo, conforme esclarece o próprio autor na seguinte passagem:

Ora, ao dedicar-se à concepção do direito, a nau da teoria do discurso navega entre os escolhos do direito natural e do positivismo do direito; e, quando se entende a legitimidade do direito impositivo, modificável em princípio, como racionalidade procedimental que depende, em última instância, de um arranjo comunicativo apropriado para a formação política racional da vontade do legislador (e para a aplicação do direito), não se pretende afirmar que o momento de indisponibilidade da validade do direito sucumba num decisionismo cego, nem que ele tenha que ser preservado da corrente da temporalidade através de uma moral limitadora. (HABERMAS, 2003, p. 314, b).

Esse momento de indisponibilidade do direito, portanto, parece ficar também submetido à própria concepção de mundo da vida e sua reprodução simbólica circular por meio da ação comunicativa.

Ainda, pode-se afirmar com base na obra de Habermas (2003, p. 116-126,a) que é da dependência mútua entre autonomia pública e privada que surge a relação interna entre Estado de direito e democracia, sendo que os direitos humanos constituem a autonomia privada e o princípio da soberania do povo constitui a autonomia pública.

Esse sistema de direitos fundamentados discursivamente ultrapassa o nível de um único Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos.

Em resumo, o direito não mais busca legitimidade em uma moral superior, mas no processo democrático, apoiando-se o auto no “(...) princípio segundo o qual podem pretender legitimidade as regulações normativas e modos de agir merecedores do assentimento de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, p. 319, b).

Os processos de formação da opinião e da vontade devem, portanto, ter seus pressupostos comunicativos institucionalizados pelo próprio *medium* do direito. Nesse passo, esse princípio do discurso, segundo o qual “(...) são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas” (HABERMAS, 2003, p. 321, b), assume a figura jurídica de um princípio da democracia, pois deve haver complementação através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e equitativo de liberdades comunicativas.

Ao fim e ao cabo, em sociedades plurais e complexas somente pelo *medium* do direito é possível estabelecer condições morais de respeito mútuo de modo confiável. Contudo, para que esse direito se mantenha legítimo, os destinatários devem se tornar seus coautores e não somente exercerem o papel de sujeitos privados.

A domesticação do potencial de conflito daí surgido somente é possível por meio de normas jurídicas que só se mantêm se forem legítimas através de liberdades comunicativas

que podem cambiar. Assim, há um paradoxo no direito. Contudo, o autor não o considera como nocivo afirmando que:

Desse modo, a figura que alhures se opõe à força social integradora da comunicação converte-se aqui num meio da integração social, assumindo a forma de coerção legítima do Estado. E, nesse momento, a integração social assume forma totalmente reflexiva, pois, na medida em que o direito supre a sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele utiliza o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente. (HABERMAS, 2003, p. 325, b).

Assim, as normas jurídicas de um Estado de direito, que possui um vínculo interno com a democracia, assumem a função de condição de possibilidade de movimentação dos discursos públicos institucionalizados juridicamente.

2.8 Síntese das ideias expostas

Diante do que foi analisado acima, é possível concluir que no pensamento de Habermas, a superação das justificações metafísicas pela racionalidade e, conseqüentemente, pela autocertificação exige novas formas de interações sociais.

Essas interações não podem se basear exclusivamente em ações racionais orientadas para o sucesso devendo, por outro lado, serem voltadas ao entendimento, o que somente é possível por meio da ação comunicativa. Essa ação comunicativa, possibilitada pela teoria da linguagem, ocorre sempre levando em conta o mundo da vida.

Por sua vez, esse mundo da vida, que convive com sistemas que possuem códigos eminentemente voltados para o sucesso como o dinheiro e o poder administrativo, exige o *medium* do direito tanto para a institucionalização jurídica dos seus componentes o que permite a harmonia entre todos eles.

Da mesma forma que as relações sociais, esse direito positivo moderno também não mais se justifica ou fundamenta em critérios metafísicos ou em uma moral universal superior e subordinadora. Em razão disso, é preciso que se encontre novos meios de legitimação das normas jurídicas coercitivas e que podem ser modificadas pelo legislador político a qualquer momento. Isto é, a contrapartida da coerção e da modificabilidade consubstancia-se na exigência de legitimação das normas postas, e este direito somente se mantém legítimo na medida em que os próprios destinatários também sejam seus autores.

Entretanto, dizer que a moral não se sobrepõe ao direito ou o corrige não significa afirmar que a relação complementar entre ambos importe em neutralidade moral do direito, visto que o processo legislativo permite influxos morais, bem como que a política e o direito têm de estar afinados com a moral em uma base comum de fundamentação pós-metafísica. Isso significa uma clara superação do paradigma do direito racional clássico, que promovia uma cisão entre o direito e a moral, e o advento de um Estado de direito, fundado nos princípios do discurso e da democracia.

Diante disso, em uma sociedade complexa e plural na qual há um incremento da racionalização do mundo da vida o risco de dissenso é potencializado e somente por meio do direito, inserido no paradigma do Estado de direito democrático (em razão do vínculo interno entre os dois institutos), é possível a estabilização das relações sociais voltadas ao entendimento.

3 FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO E A FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SEGUNDO A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

Seguindo o conceito habermasiano de direito exposto anteriormente, o presente estudo, para a consecução do objetivo a que se propõe, deve investigar a forma de positivação imposta pelo direito brasileiro. A finalidade dessa investigação é determinar, posteriormente, se a teoria exposta no capítulo anterior é capaz de suprir qualquer déficit de legitimidade dessas proposições legislativas.

É preciso ressaltar que a análise aqui empreendida será direcionada ao direito tributário, objeto de investigação deste estudo. No mais, a finalidade será examinar de que forma se apresenta o déficit de legitimidade mencionado, sempre levando em consideração as premissas e conclusões da teoria exposta no primeiro capítulo.

Como já mencionado, o direito inserido em uma era de racionalidade não pode prescindir de critérios de legitimação, isto é, não pode significar mera coerção descolada de elementos que a justifiquem. No caso da análise habermasiana, a legitimação do direito é buscada, principalmente, por meio de uma justificação discursiva, procedimentalizada.

A análise da legitimação parte do direito positivo e esta positivação ocorre mediante a edição de instrumentos legislativos. Serão eles o objeto de estudo deste capítulo. Delimitando ainda mais objeto de análise, será tratada a normatização do direito tributário, de forma a examinar como a normatização neste ramo do direito pode se demonstrar permeável a situações que lhe retirem a legitimidade discursiva, com a dominação de linguagens eminentemente marcadas pelo agir estratégico e não pelo agir comunicativo.

Antes de adentrar especificamente no objeto de estudo deste capítulo, cabe um questionamento e um esclarecimento relacionado à delimitação do tema. Por que empreender uma análise, partindo-se da teoria de Habermas, da legitimidade das normas de direito tributário? A delimitação desta análise se justifica principalmente porque a verificação da tensão entre facticidade e validade, tema central da teoria habermasiana no que diz respeito à legitimidade, neste ramo do direito é evidente.

Explicando melhor: em uma sociedade que supera critérios de fundamentação tradicionais e que prima pela autorregulamentação, a exigência de critérios racionais de legitimação é inescapável. Esta exigência é vista com bastante clareza quando se está diante do direito tributário.

Isso porque, neste ramo do direito é possível perceber claramente a tensão mencionada que se verifica da seguinte maneira: a facticidade, caracterizada pela intromissão forçada do Estado no patrimônio do particular, que deve estar amparada em critérios de validade, isto é, em normas legitimamente editadas a serem obedecidas por todos aqueles que se inserem em uma coletividade determinada.

Antes, porém, de tratar propriamente da legitimidade das normas, é preciso que se analise as próprias normas e o seu procedimento de edição, com a finalidade de estabelecer as premissas para o estudo. Na doutrina especializada, este tema é normalmente desenvolvido dentro de capítulos destinados ao estudo das fontes do direito tributário, conforme se vê, por exemplo, das obras de Luís Eduardo Schoueri, Luciano Amaro e Paulo de Barros Carvalho.

Ataliba (1975, p. 123) apresenta o seguinte conceito de fontes:

Ainda que tenhamos evoluído muito e atingido formas sofisticadas e solenes, essencialmente, fonte do direito continua sendo a autoridade, que hoje está investida no Estado, que a exerce segundo as normas constitucionais, por meio de órgãos de governo – Legislativo, Executivo e Judiciário. (...) A fonte formal, que era a voz, o comando verbal (oral) do cacique, do chefe da família patriarcal, hoje é norma jurídica, de acordo com a constituição (lei etc.).

Amaro (2012, p. 189) conceitua fontes como “(...) os modos de expressão do direito”. Schoueri (2015, p. 71) afirma que a ideia de fontes leva à investigação das origens do vínculo estabelecido entre as partes envolvidas em determinada relação jurídica. No direito tributário, uma relação estabelecida entre o particular e o Estado. Em conclusão afirma o autor que “No Estado de Direito, o princípio da soberania popular levará a reconhecer o povo como fonte definitiva de todo poder e, portanto, do ordenamento jurídico”. (SCHOUERI, 2012, p. 71).

O autor classifica as fontes, em fontes formais e materiais. Resumindo muito bem o objeto de estudo da teoria das fontes do direito, Tôrres assim escreve (2005, p. 114):

O estudo das *fontes do direito* cumpre necessariamente um papel preordenado axiologicamente pelas expectativas de certeza jurídica sobre a determinação constitucional dos *órgãos* e suas *competências* na criação e aplicação do direito positivo, sobre o *procedimento* de criação de regras jurídicas (abstratas ou concretas), que tais órgãos devem atender, ou ainda sobre as próprias espécies dos chamados “veículos introdutórios de normas” (Paulo de Barros Carvalho) que são obtidos ao final de tal procedimento, envolvendo-se, destarte, com o próprio estudo dos pressupostos de *validade* normativa da norma posto no ordenamento.

Nogueira (1995, p. 47), tratando das fontes reais (materiais) afirma que são elas os pressupostos fáticos da tributação, isto é, os fatos que dão ensejo à imposição da legislação tributária de acordo com cada situação concretamente considerada.

Ataliba (1975, p. 124) afirma que “Teoricamente, em abstrato, na doutrina, encontramos uma classificação entre fontes primárias e fontes derivadas do direito”.

Essa classificação entre fontes formais e materiais, apesar de majoritária, não é unânime na doutrina. Carvalho, por exemplo, considera que a classificação dual das fontes como acima explicitado não faz qualquer sentido. Isso porque, segundo ele, para a doutrina geral as fontes formais “(...) são estudadas como fórmulas que a ordem jurídica estipula para introduzir regras no sistema (...)”, enquanto as fontes materiais “(...) se ocupam dos fatos da realidade social que, descritos hipoteticamente nos supostos normativos, têm o condão de produzir novas proposições prescritivas para integrar o direito posto”. (CARVALHO, 2013, p. 71).

O autor considera, portanto, que fonte de direito somente podem ser os fatos que dão origem à positivação de normas jurídicas, não havendo que se falar em fontes materiais, visto que a expressão fato jurídico bastaria. Resumindo seu pensamento assim escreve:

Estas [as denominadas fontes materiais], sim, se tomadas como atos de enunciação, são fontes de normas, enriquecem o conjunto, modificando-o de alguma maneira. Mas para que falarmos em *fontes materiais*, se dispomos da expressão tradicional e legítima *fatos jurídicos*? (CARVALHO, 2013, p. 71).

Complementa seu raciocínio afirmando que “As fontes do direito positivo são as materiais, vale dizer, os acontecimentos que se dão no plano uno e múltiplo da facticidade social (...)”. (CARVALHO, 2013, p. 73).

Esclarecidas as diferenciações entre as principais diferenças doutrinárias havidas na classificação das fontes do direito tributário, cumpre esclarecer que o estudo empreendido neste capítulo abordará o que a doutrina majoritária trata como fontes formais, seguindo assim a conceituação de Schoueri sobre o tema:

Se a fonte formal é o veículo introdutor da norma jurídica, então o estudo das fontes formais implica a análise de como se introduzem normas no ordenamento. Por óbvio, também aqui haverá normas que regerão tal processo, daí haver, no Direito, as “normas introduzidas” e as “normas introdutoras”: às últimas é que se dedica o estudo das fontes formais do Direito. Examina, em síntese, qual o veículo suficiente para a introdução de uma nova norma no sistema (competência) e qual a relação que se dará entre a nova norma e as demais pertencentes ao mesmo sistema jurídico (hierarquia). (SCHOUERI, 2015, p. 72).

Passa-se, então, à análise das prescrições normativas das quais se extraem as principais normas do sistema, analisando, posteriormente, de que forma estas normas podem ser introduzidas de forma a não observar os critérios de legitimação, estabelecidos com base na teoria habermasiana de legitimidade.

3.1 Constituição Federal e delimitação da competência tributária

O ordenamento jurídico brasileiro se estrutura, como a maioria dos ordenamentos jurídicos de outros países no mundo, a partir de uma norma constitucional que estabelece as diretrizes fundamentais das funções orgânicas do Estados, bem como os direitos fundamentais dos indivíduos. Tratando das normas constitucionais, Carvalho (2013, p.76) afirma que é a “(...) a lei constitucional, instrumento primeiro e soberano, que se sobrepõe aos demais veículos introdutórios de normas. Abriga, em grade parte, regras de estrutura, quer dizer, normas que prescrevem como outras normas deem ser produzidas, modificadas ou extintas”.

Segundo Ataliba (1968, p. 10):

(...) a matéria tributária – em suas linhas gerais, pelo menos – haverá de ser tratada na Constituição. É que, por dúplice razão, esta se envolve diretamente com o princípio da submissão do estado ao direito e com a liberdade e a propriedade individuais. A tributação é a transferência compulsória de parcela da riqueza individual para os cofres públicos; daí sua conexão com a propriedade. É, também, forma de controle ou indução da liberdade individual, enquanto instrumento – deliberado ou não – de estímulo ou desestímulo de comportamentos, quando de compulsão.

Entretanto, no caso do direito brasileiro, a Constituição de 1988 previu inúmeras regras sobre direito tributário, ultrapassando em muito a simples previsões de critérios e princípios básicos de tributação, chegando até mesmo ao ponto de fixar as bases de determinadas espécies tributárias.

Assim escreve Schoueri sobre esta afirmação: “Não deixa de ser curioso verificar que o constituinte brasileiro (...) foi bem mais criterioso que seus pares no exterior. Em outros países, os textos constitucionais não costumam descer aos detalhes da matéria tributária”. (SCHOUERI, 2015, p. 74). Nogueira (1995, p. 118) afirma, no mesmo sentido, que, normalmente, as constituições escritas são mais genéricas não somente para se aplicar a situações não especificadas, como também para aumentar o seu valor educativo.

De toda forma, é na Constituição Federal que se encontram as regras básicas e gerais do Direito Tributário e, até mesmo, a própria fundamentação do poder de tributar, como afirma Nogueira:

(...) o Direito Tributário Constitucional é o conjunto de princípios e normas que regulam o poder tributário do Estado; disciplina não só o poder tributário, mas também o seu exercício, ou manifestação de competência tributária das entidades públicas em relação à instituição, exigência e arrecadação das rendas tributárias, como das garantias ao devido processo legislativo, administrativo e jurisdicional do “cidadão-contribuinte” e do fisco. (NOGUEIRA, 1995, p. 117-118).

Seguindo a mesma linha, Schoueri (2015, p. 73) afirma que “(...) é na Constituição que se verifica a fundamentação jurídica para a própria criação de tributos”.

Estabelecendo as bases normativas para a criação e aplicação das demais normas tributárias, a Constituição não sede adequada para criação de tributos. Segundo Amaro (2012, p. 191), a “Constituição (...) não cria tributos, ela define competências para fazê-lo”. Ela dispõe sobre as matrizes de competência tributária, sobre os limites do poder de tributar, bem como sobre os princípios que regem a tributação. Os tributos são criados pelas leis, do que se tratará mais detidamente à frente.

Schoueri faz importante alerta quanto à regulamentação tributária contida na Constituição Federal:

Se o capítulo tributário já justifica a menção da Constituição como primeira fonte formal para a introdução e conformação das normas tributárias, não se pode deixar de mencionar que todo o texto constitucional se encontrarão dispositivos relevantes para, em seu conjunto, formar o corpo normativo.

Assim, não somente as normas inseridas no capítulo relativo à tributação são necessariamente relevantes como fontes formais da tributação, mas todas as normas constitucionais, consideradas em seu conjunto devem ser utilizadas para fins de conformar não somente a edição das normas tributárias como, também, o conteúdo que nela se expõe.

Esclarecido este ponto, cabem algumas considerações sobre uma das mais relevantes funções das normas constitucionais tributárias: a delimitação da competência para instituir tributos, que importa diretamente para a análise que se pretende empreender. É a Constituição a responsável pela a conferência e delimitação de competência tributária a cada ente da federação. “(...) basta considerar que o texto constitucional prevê a existência de tributos e delinea quem serão as pessoas jurídicas de direito público que poderão instituí-los”. (SCHOUERI, 2015, p. 73). É ela que estabelece, portanto, qual tributo caberá a qual ente.

Conceituando a competência legislativa, Carvalho (2013, p. 217) afirma que: “Competência legislativa é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo”. Tratando especificamente da competência tributária, Carrazza (2009, p. 505) afirma que “(...) competência tributária é a possibilidade de criar, *in abstracto*, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”.

Em resumo, a competência tributária pode ser conceituada como a aptidão conferida pela Constituição Federal a cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para criar normas sobre direito tributário, mormente aquelas que se relacionam a instituição de tributos.

Esta aptidão conferida aos entes políticos da federação, contudo, não se confunde com a capacidade para arrecadar os tributos. Por certo, normalmente, aquele que tem a aptidão para criar e estabelecer as regras pertinentes a cada tributo específico, de acordo com os ditames da Constituição Federal, possui capacidade para arrecadar e fiscalizar este tributo. Mas pode não ser assim.

Schoueri (2015, p. 251), neste sentido, alerta “(...) que a competência legislativa nada tem a ver com a capacidade para arrecadar os tributos, já que esta sim é delegável (...)”. A possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa está prevista pelo §3º, do art. 7º, do Código Tributário Nacional².

Diferenciando os institutos, Carvalho (2013, p. 218) afirma que:

Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo. O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesmo do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa, que tem como contranota a capacidade tributária passiva, é tema a ser considerado no ensejo do desempenho das competências, quando o legislador elege as pessoas componentes do vínculo abstrato, que se instala no instante em que acontece, no mundo físico, o fato previsto na hipótese normativa.

Assim, quando a Constituição estabelece as competências tributárias, ela cria os limites normativos para a edição das normas relacionadas a cada espécie tributária, o que não

²Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

significa que a lei ordinária, veículo normalmente instituidor dos tributos, possa delegar a capacidade de figurar no polo ativo da arrecadação tributária.

A competência é, assim, limite posto pela Constituição à edição de normas tributárias, enquanto a capacidade é mero elemento de designação daquele que pode arrecadar, mas não instituir ou alterar os elementos da obrigação tributária.

Cumprе ressaltar, também, o caráter de indelegabilidade da competência tributária. Como se configura, ao mesmo tempo, como aptidão para legislar e limite para a edição de normas (proibindo que entes não previamente autorizados legislem sobre determinado assunto), a competência tributária é indelegável. (SCHOUERI, 2015, p. 251). Carvalho (2013, p. 221) afirma que se a própria Constituição repartiu de forma expressa as competências tributárias, a fim de evitar o conflito prejudicial aos destinatários das normas, “(...) a ilação imediata é em termos de reconhecer a vedação da delegabilidade, bem como a impossibilidade de renúncia”.

Ainda sobre competência tributária, a aptidão para legislar sobre a instituição de tributos, mais especificamente no que se refere à lógica da repartição constitucional, Schoueri (2015, p. 255) afirma que:

Para os tributos vinculados, justificados pelo sinalagma, a competência se resolve a partir do conceito de competência anexa: quem tem a atribuição para a atividade estatal terá, igualmente, competência tributária;

Para os tributos não vinculados, justificados pela capacidade contributiva, o próprio constituinte trata de atribuir as competências tributárias, tomando o cuidado de afastar a cumulação de competências, distribuindo, daí, o poder tributário entre as diversas ocasiões em que se manifesta aquela capacidade.

Além de fundamentar o próprio poder de tributar e estabelecer as competências tributárias de forma expressa, a Constituição Federal, no âmbito do Direito Tributário, “(...) previu uma série de princípios e um rol de limitação ao exercício do poder (direito) de tributar”. (SCHOUERI, 2015, p. 74).

Assim, é possível perceber que a Constituição se insere como a diretriz normativa máxima do ordenamento brasileiro, não sendo diferente no que se refere ao ramo do Direito Tributário, ao mesmo tempo em que figura como limite interpretativo na aplicação do direito aos casos concretos.

Seguindo a teoria habermasiana exposta no primeiro capítulo, a Constituição figuraria como a expressão máxima do direito que, por sua vez, se insere como instrumento através do qual se legitima o poder político organizado na forma de Estado Democrático de Direito, demonstrando, neste ponto, a tensão entre facticidade e validade no âmbito das

relações entre os indivíduos e o poder público. Para Habermas, essa relação entre direito e política não é meramente complementar, como o é com a moral. É uma relação de interdependência e constituição recíproca.

Passa-se, agora, à análise das demais proposições legislativa da qual se extraem as normas de direito tributário, iniciando-se pela Lei Complementar, ao qual a Constituição atribuiu papel de fundamental importância nesta seara.

3.2 As Leis Complementares em matéria tributária

A introdução das leis complementares no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a Constituição de 1967 e sua finalidade primordial era, como se pode inferir de seu próprio nome, complementar o texto constitucional naqueles pontos em que a própria prescrição previa a sua necessidade.

Segundo Amaro (2012, p. 192),

Designadas “leis complementares à Constituição” pelo art. 48 (art. 46, após a Emenda n. 1/69) daquele diploma, e “leis complementares” pelo art. 59 da atual Constituição, essas leis têm de específico, além do nome e da função, o *quórum* de aprovação: elas requerem maioria absoluta de votos na Câmara dos Deputados e no Senado (art. 69, da CF).

Tratando da Lei Complementar, Machado (2009, p. 79), afirma que

Sem dispositivo exposto da Constituição que afirme o contrário, caracteriza-se a lei complementar por seu aspecto formal. Aliás, toda e qualquer espécie normativa ganha identidade específica, e assim tem definida a sua posição hierárquica no sistema jurídico, a partir de elementos formais. Não em razão de seu conteúdo. A competência do órgão que a emite, e o procedimento adotado em sua elaboração, determinam sua espécie e posição hierárquica.

No que diz respeito à matéria tributária, a Constituição Federal conferiu às leis complementares três principais funções, nos termos de seu artigo 146, incisos I a III³, quais

³ Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

sejam: dispor sobre conflito de competência, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Não somente nestes casos, contudo, é prevista a necessidade de edição de lei complementar ao texto constitucional. São situações esporádicas que exigem a edição desta espécie normativa, como nos casos de definição do rol de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços de qualquer natureza ou na criação de tributos específicos, como no caso dos empréstimos compulsórios.

Para este estudo, cabe analisar, primordialmente, aquelas três funções mencionadas e expressas no artigo 146 da Constituição. Não é unânime, entretanto, a consideração doutrinária acerca de quantas são, efetivamente, as funções que cabem à lei complementar com base neste dispositivo constitucional. Há, neste caso, das teorias distintas: a teoria dicotômica e a teoria tricotômica.

Essa divergência doutrinária surgiu, basicamente, em função da redação do art. 19, §1º da Constituição de 1967, que passou a ser o art. 18, §1º a partir da Emenda n. 1/69. O dispositivo assim estava redigido “Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre conflito de competência nessa matéria entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar”.

Tomando por base esta redação, alguns autores entendiam que as funções da lei complementar eram apenas duas: dispor sobre conflitos de competências e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, o que seria realizado por meio de uma lei geral.

Já aqueles que se filiam à teoria ou corrente tricotômica entendiam que as funções eram três: dispor sobre conflitos de competência, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e, além disso, estabelecer normas gerais sobre direito tributário.

Schoueri (2015, p. 79) afirma que:

A controvérsia era especialmente relevante quando se discutia o papel do Código Tributário Nacional. Afinal, como se apontou acima, esta havia sido aprovado na forma de mera lei ordinária (Lei n. 5.172/66), em período em que não se cogitava, formalmente, lei complementar. Quando o texto constitucional subsequente previu a existência da lei complementar em matéria tributária, importava saber se seria

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

necessária a edição de tal diploma ou se o Código Tributário Nacional, materialmente, lhe fazia as vezes, pacificou-se o entendimento de que ele foi recepcionado como lei complementar.

A Constituição atual parece ter superado a questão, positivando o pensamento expresso pela teoria tricotômica, principalmente em razão da divisão do artigo 146 em três incisos, com redação bem delimitada, especificando cada uma das funções ali mencionadas. É este, também o entendimento de Schoueri (2015, p. 80) quando afirma que “É, pois, da própria dicção constitucional a leitura de que existe, sim, um papel para as normas gerais em matéria de legislação tributária, que não se confunde com as questões de conflito de competência ou de regular limitações ao poder de tributar”.

Entretanto, essa adoção não é isenta às críticas doutrinárias daqueles que adotam a corrente dicotômica. Carvalho (2013, p. 208), por exemplo, apresenta um questionamento contundente acerca desta escolha afirmando que ficou claro que o artigo 146 da Constituição “(...) é o subproduto de um trabalho de pressão política, exercida sobre a Comissão de Tributos da Constituinte de 1988, e que surtiu efeitos admiráveis, porque busca reproduzir fielmente a mensagem doutrinária sustentada com tanta veemência”.

Passando ao largo das discussões doutrinárias a respeito da matéria, é preciso que se analise cada uma das três funções estabelecidas pela Constituição a serem cumpridas pela lei complementar, com a finalidade de delimitar de que forma sua edição influencia na aplicação legítima do direito tributário.

A fim de facilitar a explicação sobre as funções da lei complementar em matéria tributária, será empreendida inicialmente a análise do inciso III do art. 146, bem como de suas três alíneas.

Segundo este dispositivo normativo, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especificando alguns elementos que devem nela serem previstos em suas alíneas. A dificuldade neste aspecto já se verifica, contudo, quando se está diante da própria delimitação do que se entende por normas gerais.

Reforçando o argumento de que esta delimitação é complexa, Schoueri (2015, p. 80) afirma que o rol previsto pelas alíneas do inciso III do art. 146, da Constituição Federal, serve exatamente a esta finalidade, isto é, para determinar quais matérias deveriam ser abarcadas pela lei complementar que estabeleça normas gerais.

Uma vez estabelecidas estas normas gerais por meio de lei complementar, o legislador ordinário de todos os entes da federação fica a elas vinculado no momento da criação e instituição dos tributos previstos em sua competência. Isso porque, mesmo que não

haja, em um primeiro momento, hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, no caso das normas gerais está-se diante de regras que vinculam todo o ordenamento.

Schoueri (2015, p. 84) assim exprime seu pensamento:

Em síntese, embora não caiba cogitar hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, já que versam sobre matérias diferentes e (agora se compreende) pertencem a ordens jurídicas diversas, as ordens jurídicas parciais devem conformar-se à ordem jurídica nacional na qual se inserem. Se a lei complementar inova na ordem jurídica nacional, então cabe às leis ordinárias conformarem-se àquela ordem.

Desta forma, as normas gerais em direito tributário, inseridas no sistema por meio de lei complementar, têm o condão de organizar e limitar a atividade legislativa de todos os entes da federação, funcionando como lei nacional, vinculativa de todo o ordenamento jurídico relativo à matéria da qual trata.

Amaro (2012, p. 193) sintetiza seu entendimento, quanto à função das normas gerais em direito tributário, na seguinte passagem:

Dir-se-ia que a Constituição desenha o perfil dos tributos (no que respeito à identificação de cada tipo tributário, aos limites do poder de tributar etc.) e a lei complementar adensa os traços gerais dos tributos, preparando o esboço que, finalmente, será utilizado pela lei ordinária, à qual compete instituir o tributo, na definição exaustiva de todos os traços que permitam identificá-lo na sua exata dimensão (...).

Já o inciso I, do artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a disposição sobre conflitos de competência entre os entes federados, em matéria tributária, também fica a cargo de lei complementar. Levando-se em conta o que já se disse a respeito das normas gerais, é possível concluir que, ao determinar os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes para os impostos previstos na Constituição, a lei complementar acaba por evitar que um ente federativo invada competência de outro.

Isto é, “quando define o ‘fato gerador’ e a base de cálculo de tributos, a lei complementar acaba por definir até onde as pessoas jurídicas de direito público titulares das respectivas competências poderão atuar”. (SCHOUERI, 2015, p. 88).

Com relação à regulação das limitações ao poder de tributar, atribuição prevista pelo inciso II, do artigo 146, a função desta espécie normativa parece mais evidente no que diz respeito à complementação do texto constitucional. Isso porque, a Constituição já estabelece uma série de regras e princípios que têm a finalidade evitar a tributação em certos casos em determinadas circunstâncias. Algumas dessas normas não necessitam de qualquer outra disposição para garantir sua eficácia, sendo autoaplicáveis. Outras necessitam de uma

complementação que amplifique e delimite o seu conteúdo, exigindo regulamentação para sua completa aplicação.

Schoueri (2015, p. 89) aduz, ainda, que mesmo nos casos em que as normas da Constituição sejam autoaplicáveis, a função de regulação pela lei complementar se faz necessária a fim de determinar qual interpretação deve prevalecer, com base no texto constitucional, quando mais de uma se apresenta possível. Afirma, também, que “(...) a ideia de regular limitações ao poder de tributar abre espaço para a lei complementar regular o alcance de uma limitação em função de outra”. (SCHOUERI, 2015, p. 89).

No cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro, as funções conferidas à lei complementar pela Constituição são desempenhadas pelo Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Este diploma legal é, formalmente, lei ordinária, mas foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de 1988.

Isso porque, a não recepção somente ocorre quando a contrariedade da legislação anterior com a nova Constituição se der quanto às normas substantivas e não quanto à forma por ela adotada (AMARO, 2012, p. 195). No que se refere à forma importa apenas a observância das disposições procedimentais contidas na carta constitucional vigente no momento de sua edição. Se formalmente válida diante do ordenamento constitucional anterior, continuará válida diante do novo ordenamento.

Ocorre, porém, que, exigindo a nova Constituição um modelo legislativo diferenciado, para cuidar das matérias reguladas na lei anterior, a alteração da disciplina legal dessas matérias passa a só poder ser tratada nos moldes da nova forma constitucionalmente definida, o que põe a lei anterior no mesmo nível de eficácia da norma que a nova Constituição exige para cuidar daquelas matérias. (AMARO, 2012, p. 195).

E a recepção como lei complementar se justifica exatamente em função das finalidades que cumpre (normas substantivas), subsumindo-se à previsão das normas do art. 146, da Constituição Federal. Ou seja, o Código Tributário Nacional “(...) adquiriu eficácia de lei complementar, pelo motivo de ferir matéria reservada, exclusivamente, a esse tipo de ato legislativo” (CARVALHO, 2013, p. 79).

Diante disso, é que as disposições legislativas relativas ao direito tributário, além de se basearem, substancial e formalmente à Constituição, deverão seguir as diretrizes estabelecidas no Código Tributário Nacional, vez que este é norma geral que vincula e delinea a edição de outras normas.

Entretanto, em outras situações, a Constituição Federal atribui à lei complementar a função de instituir tributos. São situações excepcionais, mas não menos relevantes do ponto de vista tributário. São, por exemplo, os casos dos empréstimos compulsórios (art. 148), do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII) e do imposto residual (art. 154, I).

A justificativa para esta atribuição, segundo a maioria dos autores, encontra-se na necessidade de fixação de um quórum de aprovação qualificado, com maior dificuldade de aprovação, em tese, do que uma lei ordinária. “Nesse sentido, a lei complementar surge antes como instrumento de controle da atuação do legislador ordinário federal, nada tendo a ver com questão nacional, acima analisada”. (SCHOUERI, 2015, p. 90).

Estabelecidas as funções da lei complementar no âmbito do direito tributário, passa-se à análise da espécie normativa que, em essência, é capaz de instituir tributos, qual seja, a lei ordinária.

3.3 Lei Ordinária

É a lei ordinária a fonte principal de instituição dos tributos. Segundo Amaro (2012, p. 196):

A lei ordinária é, em regra, o veículo legislativo que cria o tributo, traduzindo, pois, o instrumento formal mediante o qual se exercita a competência tributária, observados os balizamentos contidos na Constituição e nas normas infraconstitucionais que, com apoio nela, disciplinam, limitam ou condicionam o exercício do poder de tributar.

Tratando do tema, Carvalho (2013, p. 79) afirma que “A lei ordinária é, inegavelmente, o item do processo legislativo mais apto a veicular preceitos relativos à regematriz dos tributos, assim no plano federal, que no estadual e no municipal”.

É a lei ordinária, portanto, que se refere o inciso I, do art. 150⁴, da Constituição Federal, do qual se extrai o princípio da legalidade em matéria tributária que tem a finalidade vedar a instituição ou aumento de tributos sem lei que o estabeleça. “Em matéria tributária vigora, pois, o *princípio da estrita legalidade*, pelo qual os tributos só podem ser criados ou aumentados por meio de lei ordinária”. (CARRAZZA, 2009, p. 282).

⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Além desta disposição constitucional, o Código Tributário Nacional, cumprindo a função de limitar o poder de tributar (SCHOUERI, 2015, p. 96), contém dispositivo que determina as matérias que devem ser tratadas obrigatoriamente mediante lei ordinária. O rol está previsto no art. 97 deste diploma legislativo⁵.

Interessa ressaltar que o Código, quando quis se referir a esta espécie normativa, se referiu apenas à “lei”. Em outros pontos refere-se à “legislação tributária”, dando a este um espectro mais amplo de atuação. Estão compreendidos nesta última expressão os demais instrumentos normativos que tratam da matéria tributária.

Tratando da diferenciação entre os vocábulos, Machado (2009, p. 77-78) afirma que:

No Código Tributário Nacional, a palavra lei é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribui competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis. Só é lei, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no CTN, a norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nesta estabelecido.

Um alerta importante é feito por Carvalho no sentido de que a lei ordinária não pode conferir atribuição a outras normas infralegais para complementar a feição normativa de um determinado tributo. Assim escreve nesse sentido

Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra-matriz da exação, motivo por que é inconstitucional certa prática, cediça no ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil jurídico de tributos. (CARVALHO, 2013, p. 79).

⁵ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Cabe, ainda, à lei ordinária a fixação de deveres instrumentais, normas que operacionalizam a aplicação das normas instituidoras de tributos aos fatos geradores, pois “De nada adiantaria o legislador construir a regra padrão de incidência (...) se não dispusesse acerca dos meios adequados e idôneos de acompanhar seu aparecimento no mundo factual (...)”. (CARVALHO, 2013, p. 80).

A lei ordinária, portanto, guarda extrema relevância no âmbito do direito tributário, cumprindo papéis relevantes de limitações textuais essenciais para a averiguação de parâmetros de legitimidade. Resta, ainda, a análise das medidas provisórias em matéria tributária, tema relevante nessa discussão acerca da legitimação em razão de seu procedimento de edição.

3.4 Medidas Provisórias em matéria tributária

A figura da Medida Provisória foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Apesar de guardar algumas semelhanças com o Decreto-lei, previsto pelo regime constitucional anterior, principalmente no que se refere ao efeito prático relativo à atribuição de poderes ao Chefe do Executivo para a introdução de normas no sistema sem a prévia apreciação do Congresso, as duas espécies normativas não se confundem.

Apesar de também submetida aos requisitos da urgência e do relevante interesse público, a edição do Decreto-lei era subordinada ao rol previsto pela própria Constituição, que limitava as matérias que poderiam ser objeto desta espécie normativa. Na regulamentação instituída pela Constituição de 1988 para as medidas provisórias, esta limitação não existia, inexistindo um rol definido e restrito de matérias passíveis de serem objetos desta espécie normativa.

Os efeitos de ambas as espécies normativas, Decreto-lei e medida provisória, também são muito diversos. O Decreto-lei tinha vigência imediata após a sua edição e o Congresso deveria sobre ele se manifestar no prazo de 60 (sessenta) dias, no fim do qual o silêncio importava em anuência tácita. A sua rejeição, contudo, não operava efeitos retroativos, de modo que a regulação estabelecida pelo Decreto-lei era inteiramente aplicada durante o período de sua vigência. (AMARO, 2012, p. 197).

A medida provisória, apesar de também vigor imediatamente após a sua edição não mantém seus efeitos no caso de rejeição pelo Congresso Nacional. Assim, apesar de ambas as espécies normativas não serem objeto de apreciação prévia do Poder Legislativo, os efeitos de sua rejeição são diametralmente opostos.

Diante disso, não se pode afirmar que a medida provisória foi criada para substituir o Decreto-lei. A substituição se deu apenas no efeito prático quanto à possibilidade de o Chefe do Executivo submeter ao Congresso a norma que pretende tornar vigente apenas após a sua edição.

É preciso ressaltar, ainda, que a disciplina constitucional originalmente prevista para as medidas provisórias, contudo, não é aquela que se encontra vigente até os dias atuais. Sua regulamentação foi profundamente alterada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Amaro (2012, p. 198) resume as principais características da regulamentação inicial das medidas provisórias nos seguintes termos:

Na disciplina original, as medidas vigiam provisoriamente, por trinta dias, findos os quais perdiam a eficácia *ex tunc*, cabendo ao Congresso disciplinar os atos praticados na vigência provisória da medida. Isso criava um clima de incerteza e insegurança jurídica, pois não se sabia se a eficácia da norma seria ou não mantida pelo Congresso, e, caso não fosse mantida, ficava-se no aguardo da manifestação do Legislativo sobre os atos praticados na vigência precária da medida. A prática, avessa à Constituição, de se reeditarem as medidas provisórias que perdiam a eficácia diante da não aprovação pelo Congresso, ampliou para anos as incertezas sobre o direito em vigor.

Com alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 32/01, que acrescentou doze parágrafos ao artigo 62 da Constituição Federal, criaram-se algumas exceções à edição das medidas provisórias, algumas de caráter formal, outras de caráter material, previstas pelo §1º do dispositivo⁶.

⁶ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Dentre estas limitações destaca-se a proibição de sua edição nos casos em que a matéria tiver que ser regulamentada por lei complementar. Assim, naqueles casos em que a Constituição Federal exige a aprovação de lei complementar para a regulamentação da matéria, não caberá a edição Medida Provisória, mesmo que estejam presentes os requisitos essenciais da relevância e urgência. Tocando neste ponto, de fundamental importância é a presença destes requisitos na edição de toda e qualquer medida provisória.

Nesse sentido, Carvalho (2013, p. 81) afirma que “(...) os requisitos assinalados pelo legislador constituinte são para valer. Exige-se a simultaneidade de ambos, sem o que inexistirá clima jurídico para a produção da medida”.

O próprio autor afirma, contudo, que as expressões relevância e urgência não possuem um sentido unívoco, podendo gerar interpretações diversas. O controle de sua verificação, portanto, deve ser realizado no momento da aplicação das normas jurídicas.

Tratando da imperiosa verificação dos requisitos no momento da edição da medida provisória, bem como da impossibilidade de vedação em tese na sua adoção em matérias tributárias, Amaro afirma que:

É verdade que os requisitos da relevância e urgência condicionam o exercício do Presidente da República de editar medidas provisórias. Esses requisitos devem ser invocados para controle da legitimidade do exercício do excepcional poder conferido ao Chefe do Governo, tanto no caso de leis tributárias como no de qualquer outra. Não há uma “especificidade” dos tributos que os incompatibilizem com medidas relevantes e urgentes. (AMARO, 2012, p. 201).

Schoueri (2015, p. 98-99) alerta, contudo, que, por se tratar de medida excepcional, a medida provisória não deve ser utilizada quando haja no ordenamento jurídico uma alternativa à sua edição. Isto é, quando por outro meio constitucionalmente previsto a urgência puder solvida pelo Poder Executivo, não poderá ele lançar mão da medida provisória.

Neste sentido assevera que: “Mais ainda, o “caso de urgência” deve ser tal que não há a possibilidade de se resolver por meios usuais. A medida provisória é, por sua natureza, excepcional. Se um mero projeto de lei poderia resolver o assunto, não há que se cogitar medida provisória”. (SCHOUERI, 2015, p. 99).

Não cabe ao presente estudo a verificação do procedimento de edição das medidas provisórias, bem como analisar as minúcias relativas ao instituto. Importa a análise da

possibilidade de sua aplicação no direito tributário, assim como os limites a que está sujeita nesse aspecto.

A verificação da utilização da medida provisória em matéria tributária no ordenamento brasileiro mostra que a sua edição não é irrelevante. Muito pelo contrário, tem servido à introdução de modificação importante no ordenamento, como no caso na edição da Medida Provisória 694, de 30 de setembro de 2015, que alterou diversas legislações tributárias em pontos significativos.

Analizados os instrumentos legislativos de introdução de normas jurídicas no sistema, passa-se à análise da jurisprudência como fonte do direito tributário, que possui grande relevância para este estudo.

3.5 A jurisprudência como fonte do direito tributário

A configuração de um Estado de Direito confere à lei (em sentido amplo) o papel de limitador da atividade legislativa e da atuação dos particulares. Assim, ao mesmo tempo em que, a princípio, apenas a lei pode criar obrigações a serem observadas por todos os indivíduos e pelo Estado, é ela que confere, também, os limites de sua atuação.

No ramo do Direito Tributário, a exigência de lei como fonte é ainda mais relevante, em vista da observância do princípio da estrita legalidade. A importância da lei como fonte do direito tributário já foi destacada no ponto em que se tratou da lei ordinária.

Entretanto, a aplicação das leis, isto é, a garantia de sua coercitividade, submete-se à apreciação do Poder Judiciário, mormente quando se tem em conta a previsão expressa do inciso XXV, do art. 5º, da Constituição Federal⁷. A aplicação, contudo, também não ocorre sem qualquer tensão.

Torres (2005, p. 440) afirma, neste sentido, que:

De feito, há constante tensão e interação entre a lei tributária e a jurisprudência dos tribunais. Às vezes a jurisprudência exerce o papel de fonte formal do direito tributário ou aparece como inspiradora da legislação. Outras vezes, principalmente na problemática de alguns impostos estaduais e municipais a correção legislativa da jurisprudência sobe de importância.

⁷ Art. 5º (...)

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

Desta passagem é possível concluir, portanto, que mesmo diante do princípio da legalidade, a jurisprudência não é descartada pela doutrina como fonte de direito tributário. Torres (2005, p. 439-440) afirma, ainda, que a pouca importância conferida à jurisprudência pela doutrina brasileira se dá, entre outros motivos, pela tradição positivista e formalista que impera no estudo do direito tributário no Brasil. Segundo o autor, referida tradição faz com que a complementação na via judicial seja relegada a um segundo plano.

É certo que em um Estado de Direito à jurisprudência parece não ser possível conferir o mesmo caráter inovador da ordem jurídica a que se atribui à legislação. A princípio, ao Poder Judiciário compete garantir a aplicação das leis como se encontram, sem inovar a ordem jurídica.

Entretanto, na perspectiva da teoria habermasiana, quando a jurisdição atua, o faz de forma construtiva do direito. Isto é, não apenas aplica indiscriminadamente o direito positivo vigente, mas o constrói e reconstrói a partir de cada aplicação.

Com a finalidade de aprofundar o estudo desta função criativa, será analisado o papel atribuído por Habermas à jurisdição na teoria discursiva do direito, bem como o seu caráter construtivo. Essa análise preliminar será fundamental para entender a questão central deste estudo, consubstanciada na análise da legitimidade da aplicação das normas tributárias através da teoria da democracia procedimental.

Em outras palavras: a construção de um direito legítimo, no âmbito da doutrina habermasiana, se dá com base na aplicação da teoria do discurso ao processo democrático. Tomando em conta a legitimidade do direito posto, com base nas premissas estabelecidas neste capítulo, como justificar a legitimidade da decisão judicial que afasta a aplicação da lei ou inova o ordenamento jurídico, com base na teoria procedimental da democracia? De que forma é possível verificar que a decisão judicial ultrapassa os limites do discurso fundado no agir comunicativo e, com base no agir estratégico, afasta a aplicação do direito legitimamente posto? A teoria habermasiana é capaz de controlar o déficit de legitimidade apresentado nestes casos (de prevalência do agir estratégico em detrimento do agir comunicativo)?

3.6 A racionalidade da jurisdição sob a perspectiva de uma teoria discursiva do direito

Em uma sociedade pluralista e complexa em que se exigem critérios racionais de estruturação das relações sociais, as interações entre os indivíduos estão cada vez mais

sujeitas ao risco de dissenso, mesmo quando a orientação dos agentes é voltada exclusivamente ao agir comunicativo. Este risco é ainda maior quando se encara a possibilidade de qualquer dos envolvidos pode agir estrategicamente.

A saída para este problema é apresentada por Habermas através da adoção de uma regulamentação normativa das interações e que seja objeto de entendimento dos próprios agentes envolvidos, o que ocorre por meio do direito positivo. (HABERMAS, 2003, p. 46,a).

Por sua vez, este entendimento acerca das regulamentações normativas, no âmbito da teoria de Habermas, se dá muito mais em razão da validade dessas normas do que sua facticidade. A legitimidade, portanto, é fundamental à garantia da teoria procedimental da democracia como exposto no primeiro capítulo.

Este direito positivado possui uma dupla função garantidora: de um lado, implementa as expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado, garantindo a segurança jurídica; de outro lado, “(...) os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei”. (HABERMAS, 2003, p. 246). No âmbito do ordenamento brasileiro, são as espécies normativas anteriormente mencionadas que cumprem esta função de positivar o direito tributário.

Tendo isto em conta, as decisões judiciais, no momento da aplicação do direito, devem resgatar ambas as garantias verificadas em abstrato. Isto é, “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica a pretensão de tomar decisões corretas” (HABERMAS, 2003, p. 246). Para tanto, as decisões judiciais devem satisfazer, simultaneamente, a condições que levem à sua aceitabilidade racional e a uma decisão consistente.

Antes de ir mais fundo na questão da racionalidade da jurisdição, é necessário situar a construção da teoria discursiva do direito de Habermas, que lhe serve de fundamento. Segundo o próprio autor, sua teoria se situa no nível de uma teoria do direito e não da justiça:

Ora, a teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extrai os seus dados do direito vigente, de lei e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito etc. (HABERMAS, 2003, p. 243-244, a).

Com base nisso, é possível afirmar que o problema da verificação da racionalidade da decisão não se resolve mais como se fazia na vigência de um direito natural que

subordinava o direito vigente a padrões suprapositivos. Na teoria discursiva do direito, os padrões devem ser justificados racionalmente e com base em padrões concretamente estabelecidos. Em razão disso, foi traçada neste capítulo a regulamentação básica das espécies normativas que concretizam o direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Habermas, três alternativas se oferecem ao direito natural como fonte de fundamentação da racionalidade das decisões: a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo. (HABERMAS, 2003, p. 247, a).

O autor inicia sua análise a partir da hermenêutica, afirmando que:

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. (...). A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. (HABERMAS, 2003, p. 247-248, a).

Contudo, justifica que em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes interesses convivem e concorrem entre si, não há uma base convincente para a validade das decisões com base em pré-compreensões que se considerem dominantes. (HABERMAS, 2003, p. 248,a)

No que se refere à segunda concepção analisada, o realismo, o autor afirma que a impossibilidade de separação clara entre direito e política, não é possível garantir critérios de segurança jurídica pelas decisões judiciais. Assim se posiciona sobre o assunto:

Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais". (HABERMAS, 2003, p. 249, a).

Quanto ao positivismo, que preza pelo fechamento e autonomia de um sistema de direitos que se mostra opaco em relação a princípios não-jurídicos, e que se pretende purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos, o autor afirma que:

Quando pressupomos um sistema jurídico autônomo, que além disso se diferencia em regras primárias, determinadoras do comportamento, e secundárias, que reproduzem autorreferencialmente normas, a validade das prescrições jurídicas mede-se somente pela manutenção dos procedimentos juridicamente prescritos da normatização do direito. Essa legitimação através da legalidade do procedimento da

normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes. (HABERMAS, 2003, p. 250-251).

Ainda no caso do positivismo, o autor destaca o tratamento conferido aos *hard cases*, em que é inescapável o decisionismo judicial, de forma que a racionalidade não consegue ser satisfatoriamente explicada.

Como alternativa às três correntes anteriormente mencionadas Habermas destaca a teoria do direito de Dworkin, que é construtiva. Neste ponto, cabe ressaltar que o estudo levará em consideração as próprias construções habermasianas acerca da teoria de Ronald Dworkin, visto que é a partir destas considerações que Habermas propõe uma reestruturação da teoria construtiva do direito, de modo a transmuta-la em uma teoria discursiva do direito.

A análise da teoria do direito de Dworkin será feita a partir da leitura habermasiana desta teoria, pois é a partir daí que o autor constrói a sua teoria discursiva do direito, determinando o papel da jurisdição. É esta teoria, portanto, e não a teoria dworkiniana o principal objeto deste estudo.

Diante disso, a teoria dworkiniana é vista e analisada pelos olhos e pela descrição do próprio Habermas, pois é sua visão que determina a sua forma de aplicação à sua teoria. Mesmo que haja críticas relativas a esta visão, elas não serão consideradas pelo presente estudo, visto que é a leitura habermasiana que importa neste momento.

Seguindo esta premissa, segundo Habermas (2003, p. 253, a), “A teoria dworkiniana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito assimilou inevitavelmente conteúdos morais”. Esta assimilação da moral pelo direito não é estranha à teoria habermasiana, como visto no primeiro capítulo. A teoria procedimental do direito possibilita a abertura a argumentos morais no direito que os assimila institucionalmente alterando o seu código, que passa a ser jurídico.

Isto não quer significar, contudo, que as linguagens do direito e da moral se confundam ou que a moral possa corrigir o direito. Isso porque, no nível de fundamentação pós-convencional ambas as linguagens se diferenciam e seus conteúdos são diversos. Habermas aduz que:

Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. (...) Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a

imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. *Grifos do autor* (HABERMAS, 2003, p. 256).

Assim, Habermas afirma que quando Dworkin considera a presença de pontos moralmente relevantes no discurso jurisprudencial, o faz com base na consideração de que em certos pontos os discursos entre as duas linguagens se cruzam sem se confundirem. O mesmo se dá com relação às finalidades políticas estabelecidas inicialmente para as normas jurídicas. (HABERMAS, 2003, p. 256).

Dessa forma, segundo Habermas, quando Dworkin analisa o modo pelos quais os juízes incorporam argumentos ligados à finalidade política e à moral em suas decisões, de forma a dar consistência em sua fundamentação, o faz levando em consideração que o próprio direito vigente já incorporou em seu código jurídico tais argumentos. (HABERMAS, 2003, p. 257, a).

Neste sentido afirma que os argumentos teleológicos e morais:

(...) podem reaparecer, de certo modo, nas decisões de princípio dos tribunais superiores. Todavia, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade: os argumentos relativos à colocação de objetivos têm o seu lugar genuíno no processo de legislação, chegando, através dele, ao discurso jurídico. A jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; ela leva em conta determinações de objetivos legislativos à luz de princípios (...). (HABERMAS, 2003, p. 257, a).

Quanto à construção dworkiniana de uma teoria normativa que afirma o caráter deontológico dos princípios, enquanto espécie do gênero normas, ao lado das regras, é preciso retomar o alerta anterior. Esta construção se dá no âmbito de uma teoria do direito e não no âmbito de uma teoria da justiça, de que forma que os princípios devem conferir sentido à ordem jurídica concreta.

A própria questão do conflito de normas existente na teoria do direito de Dworkin, segundo Habermas, surge, também, em função da afirmação de um caráter deontológico aos princípios. O autor afirma que:

Se entendêssemos a ‘colisão’ das normas ponderadas no processo de interpretação como uma ‘contradição’ no sistema de normas, estaríamos confundindo a ‘validade’ de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a ‘adequação’ de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação. Da indeterminação de normas válidas, resulta, ao invés disso, o bom sentido metodológico de uma disputa de normas, as quais se candidatam *prima facie* para a aplicação. (HABERMAS, 2003, p. 271, a).

Esta passagem leva ao entendimento de que, para Habermas, a colisão de normas é resolvida pela jurisdição no âmbito da aplicação e não no âmbito da abstração. Assim, a colisão se dá relativamente a critérios de adequação de aplicação de normas inicialmente válidas e que não perdem sua validade em razão da não aplicação a determinado caso.

Diante disso, é possível perceber que a teoria do direito de Dworkin é o ponto de partida da análise de Habermas acerca da racionalidade da jurisdição frente um direito legitimamente posto. É a partir desta teoria que desenvolve o que chama de teoria discursiva do direito.

Tomando em conta suas considerações acerca da intersubjetividade inserida no princípio discursivo, a principal crítica feita por Habermas à teoria do direito de Dworkin se encontra no fato de que a reconstrução racional do direito através da decisão judicial correta se dá por meio de um processo monológico.

(...) o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia do Estado de direito que jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. (HABERMAS, 2003, p. 276, a).

Esta crítica é dirigida, portanto, ao juiz Hércules de Dworkin que, nos dizeres de Habermas (2003, p. 263, a), “(...) conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação (...)” e que tem, ao mesmo tempo, “(...) uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”.

As exigências feitas pela teoria dworkiniana ao Hércules são substituídas por uma argumentação jurídica fundada no discurso, que abandona critérios solipsistas de fundamentação, na teoria discursiva do direito de Habermas.

A teoria discursiva, portanto,

(...) analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juízes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apoia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. (HABERMAS, 2003, p. 281, a).

Assim, uma decisão *correta* é aquela que gera aceitabilidade racional fundada em argumentos, cujas pretensões de validades são verificadas por meio do discurso, “(...) ou seja,

pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola* argumentativamente”. (HABERMAS, 2003, p. 282, a).

Por sua vez, considerando este critério de correção e levando em consideração que as próprias pretensões de validade levantadas no discurso podem ser alteradas e questionadas no decorrer do processo de evolução social, uma decisão não será sempre “correta”. Os argumentos que a sustentam serão constantemente submetidos à crítica, visto que em uma era pós-metafísica uma teoria fechada não é mais possível.

Diante disso, sustenta o autor que:

O conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente. A mesma tensão se renova, porém, no próximo nível pragmático da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática. (HABERMAS, 2003, p. 292, a).

Levando em conta este papel construtivo atribuído à jurisdição na teoria discursiva do direito, um questionamento é levantado pelo próprio autor:

(...) de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que a faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)? (HABERMAS, 2003, p. 297).

É a resposta a este questionamento que se pretende analisar no capítulo seguinte. É preciso levar em consideração, ainda, que a questão da racionalidade da jurisdição se agudiza na medida em que o tribunal determina a não aplicação de determinada legislação com base no sistema constitucional vigente, em nítida assunção de um papel eminentemente legislativo que inicialmente não lhe competia. É neste aspecto que surge o questionamento acerca dos limites da legitimidade da jurisdição em um Estado democrático com clara divisão de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Diante disso, o próximo capítulo trata da jurisdição constitucional e da legitimidade de seu papel, com base em uma teoria procedimental da democracia. Isto é, o capítulo seguinte tem a intenção demonstrar a relação entre a jurisdição constitucional, que atua no seu papel construtivo do direito, e a legislação, de forma que as decisões proferidas cumpram os critérios de racionalidade já mencionados anteriormente: segurança do direito e aceitabilidade racional.

4 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM HABERMAS

Na medida em que se considera a jurisdição como detentora de um papel construtivo do direito, sob a perspectiva de uma análise procedimentalista, surge o questionamento explicitado anteriormente: como estabelecer qual é o limite do exercício construtivo da atividade judicial em um Estado com clara distinção das funções legislativa e judiciária, constitucionalmente delimitadas?

A pergunta se justifica na medida em que a atividade construtiva da jurisdição incide diretamente, como não poderia deixar de ser, no sistema jurídico, pois “Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico”. (HABERMAS, 2003, p. 244, a).

Assim, a prática da jurisdição está diretamente ligada ao direito e à lei, e a sua racionalidade é totalmente dependente da própria legitimidade destas normas sob as quais atua. Ou seja, a jurisdição é, em última instância, a responsável pela análise da legitimidade do sistema jurídico e de suas construções prescritivas. A legitimidade das normas, por sua vez, depende do processo legislativo.

A atividade judicial, dessa forma, é responsável por analisar as próprias condições discursivas do procedimento legislativo de criação do direito, conferindo importância ao discurso político e à prática da legislação. Nesse sentido, Habermas (2003, p. 297-298, a) afirma que “(...) o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se abre a eles na perspectiva da jurisprudência”.

Entretanto, em um sistema constitucional de clara divisão das funções estatais entre os poderes estabelecidos, o processo legislativo não está à disposição da jurisdição, nem mesmo da jurisdição constitucional. Surge daí o questionamento expresso acima acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

Como dito anteriormente, a abertura aos fundamentos do discurso jurídico no processo legislativo, determinador da legitimidade das normas jurídicas e, consequentemente, da própria atividade judicial, só é realizada por meio da própria jurisprudência. Somente por meio da atividade judicial é que uma teoria do direito abre a possibilidade de acesso ao discurso jurídico legitimador da criação do direito.

O raciocínio expresso acima é concluído por Habermas na seguinte passagem:

E, a partir do momento em que pretendemos analisar a relação problemática entre justiça e legislação, na perspectiva da teoria do direito, a autorização para exercer o controle judicial da constitucionalidade oferece-se como um ponto de referência metódico, institucionalmente palpável. (HABERMAS, 2003, p. 297 e 298, a).

Em razão disso é que a análise das condições do controle judicial da constitucionalidade das normas jurídicas é de fundamental importância na teoria habermasiana, constituindo-se, ao mesmo tempo, como um problema a ser enfrentado. Em resumo: se à jurisdição constitucional racional cabe o papel de averiguar a legitimidade das normas jurídicas, por meio da análise do discurso político e do procedimento legislativo-normativo, ela também deve ser dotada de legitimidade para exercer a sua função, a fim de não subverter a divisão institucional de funções. E é acerca desta legitimidade que o presente capítulo visa tratar.

4.1 A observação a partir dos paradigmas de direito

Para analisar a questão da legitimidade da atividade da jurisdição constitucional, Habermas parte da análise dos paradigmas do direito, o paradigma liberal e o social, mais especificamente no que se refere à divisão funcional entre os poderes do Estado estabelecida por cada um desses modelos.

No modelo liberal, a vinculação da jurisdição e da administração à legalidade faz surgir a clássica divisão de poderes, que justifica o controle do arbítrio estatal absolutista por meio do Estado de direito. (HABERMAS, 2003, p. 305, a).

O autor afirma que esta distribuição de poderes é uma “(...) cópia dos eixos históricos de decisões coletivas (...)” (HABERMAS, 2003, p. 305, a). Nesse passo, a jurisdição volta sua ação ao passado com base nas decisões do legislador político. O legislador se volta ao futuro, tomando decisões que terão seus efeitos neste tempo. Já a administração controla e atua sobre os problemas surgidos na atualidade.

Segundo o autor,

Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir da dimensão

que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. (HABERMAS, 2003, p. 305, a).

Diante disso, é possível perceber que somente as relações entre o Estado e os indivíduos possuem capacidade para alterar estruturalmente o esquema liberal de divisão de poderes. A estrutura é, portanto, eminentemente verticalizada. As relações entre os indivíduos (horizontais), por sua vez, em nada perturbam esta ordem.

Ainda segundo Habermas, à medida que no estado social opera-se uma materialização do direito, com a inclusão de princípios no sistema jurídico, e que acabam por revelar o discurso político, parece haver uma “corrupção” desse sistema inicial. O autor, nesse sentido, afirma que:

Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma ‘remoralização’, a qual *afrouxa* a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando a determinação de fins. (HABERMAS, 2003, p. 306, a)

A interpretação e aplicação das normas ao caso concreto devem ser construtivas quando se tratam das normas de princípios, estando sujeitas ao contexto que circundam os fatos, bem como a uma análise sistêmica de todas as regras do direito. No interior de um sistema de direitos, essa contextualização de normas, segundo Habermas, possibilita um crescimento do poder da justiça e a ampliação do espaço de decisão judicial, o que ameaça o equilíbrio clássico do Estado de direito do modelo liberal. (HABERMAS, 2003, p. 306, a).

Com isso, diante da aplicação das normas fundamentais e de princípios, a jurisprudência deixa de agir voltada ao passado, com base exclusivamente nas decisões pretéritas do legislador político e passa a se ocupar dos problemas presentes e também dos futuros.

A visão da teoria do discurso acerca da atividade da jurisdição constitucional tem a intenção de superar este maniqueísmo entre as duas posições, a liberal e a social. Segundo Afonso da Silva e Mendes (2008, p. 203), o debate de Habermas acerca da jurisdição constitucional “(...) não se limita a um mero maniqueísmo entre democracia popular e elitismo judicial, o que levaria a uma automática rejeição de uma jurisdição constitucional, ou entre tirania da maioria e juízes garantidores de direitos, o que levaria a uma justificação desta jurisdição”.

Na perspectiva de uma teoria do discurso, a jurisdição não atua nestes dois extremos e, por isso, a questão acerca da legitimidade de sua atuação também não se resolve pelos mesmos pontos. Segundo Habermas (2003, p. 300, a):

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo.

Assim, a atividade judicial e legislativa voltam-se à implementação e manutenção de uma ordem jurídica coerente e que submete a ação do poder Executivo. A atividade do controle de constitucionalidade das leis é essencial para a concretização do direito constitucional, que depende, também, em última instância, da própria atividade do poder legislativo.

O autor ressalta, ainda, que a partir do momento em que o direito deixa de ser considerado como um sistema fechado recursivamente e admite a positivação de normas de princípios (com caráter deontológico e não meramente valores), o problema da legitimação da atuação jurisdicional, principalmente daquelas fundadas em referidos princípios, se agrava. Segundo Habermas (2003, p. 313-314, a), “Toda decisão de princípio ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa (...)”.

E com base nesta afirmação aduz que é preciso estabelecer as bases da legitimação da jurisdição constitucional, com a finalidade de que a natureza construtiva das decisões judiciais não ultrapasse as matérias que seriam reservadas inicialmente, dentro de uma lógica de divisão de poderes, aos legisladores democráticos.

Isto é, mesmo que a jurisdição tenha de buscar no contexto social, denominado pelo autor como normas de fundo, os fundamentos para a aplicação das normas de princípios, não é possível admitir que a criação do direito se inspire politicamente, o que se reserva ao poder legislativo. (HABERMAS, 2003, p. 314, a).

Portanto, a depender do paradigma adotado as reservas apresentadas quanto à legitimidade da atividade jurisdicional criativa se baseiam em critérios diferentes. Isto é, seguem as premissas que cada modelo adota no que se refere à separação dos poderes e à função de cada um deles.

Entretanto, as reservas apresentadas não se fundam apenas nas diferenças paradigmáticas de cada modelo. Ocorrem, também, em razão de concepções metodológicas,

relativas, principalmente, ao papel desenvolvido pelas normas jurídicas e o que se consideram como tais.

Afonso da Silva e Mendes (2008, p. 204) esclarecem que a crítica habermasianas às reservas metodológicas se voltam, principalmente, ao que Habermas denominou de “(...) jurisprudência de valores, cujo principal aspecto, do ponto de vista metodológico, seria o sopesamento entre princípios (...)” (AFONSO DA SILVA; MENDES, 2008, p. 204).

Melhor explicando a afirmação, os autores aduzem que

Ao tratar do problema do recurso a valores no controle de constitucionalidade e da necessidade de sopesamento que esse recurso exige, Habermas deixa o ponto de vista funcional (tensão entre judiciário e legislativo na democracia), (...) para adentrar no campo metodológico da interpretação constitucional realizada pelo judiciário. Esse debate se dá, pelo lado institucional, com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e, pelo lado teórico, com a teoria dos princípios, especialmente na forma como desenvolvida por Robert Alexy. (AFONSO DA SILVA; MENDES, 2008, p. 209).

Com relação ao lado institucional, isto é, com relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e o sopesamento entre princípios, Habermas afirma que o problema inicial se encontra na equiparação destas normas com valores. As duas figuras não podem se confundir, segundo Habermas, pois os princípios possuem caráter deontológico e os valores caráter ontológico. (HABERMAS, 2003, p. 316, a).

A indevida equiparação pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão acaba por fazer com que a racionalidade da decisão jurídica deixe de se basear nos códigos de válido e inválido, implicando “(...) uma racionalidade estranha ao mundo jurídico, baseada em uma ‘codificação gradual’, ancorada em *relações de precedência*”. (AFONSO DA SILVA; MENDES, 2008, p. 210).

Isto é, quando os princípios são encarados como valores, não se passa aos destinatários uma mensagem explícita no sentido da determinação do comportamento adequado de acordo com o sistema jurídico. Apenas se estabelece uma relação de preferência entre um valor ou outro, em uma posição cambiável de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada caso. Segundo o autor: “Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor”. (HABERMAS, 2003, p. 316, a).

Diante disso, Habermas afirma que valores e normas, gênero do qual são espécies os princípios, e valores se diferenciam em razão de uma série de fatores ligados à sua forma de

reger as condutas, à sua codificação, à sua obrigatoriedade e aos próprios critérios aos quais devem se sujeitar cada uma das figuras.

Quanto à primeira diferença, à forma de regência das condutas, os valores determinam um agir teleológico, enquanto as normas determinam um agir obrigatório. No que se refere à codificação, as normas obedecem à codificação binária de válido/inválido e os valores se codificam de maneira gradual a depender da comunidade na qual se inserem e no momento em que se pretende sua aplicação. Relativamente à obrigatoriedade, a das normas é absoluta e dos valores, relativas. Quanto ao último ponto de diferenciação entre normas e princípios, Habermas afirma que cada um deles se sujeita a critérios próprios do sistema em que se inserem e aos quais eles devem satisfazer.

O principal problema da legitimidade da jurisdição, quando se está diante de um sistema que equipara os princípios a valores, encontra-se, portanto, na utilização necessária da técnica do sopesamento entre princípios pela jurisprudência. Exige uma atuação que altera a lógica da racionalidade da decisão judicial. Afonso da Silva e Mendes (2008, p. 210) afirmam neste sentido que:

Dois seriam os principais problemas desse sopesamento: em primeiro lugar, haveria o perigo de que o seu caráter teleológico e orientado pelo caso concreto pudesse levar ao sacrifício de direitos fundamentais, caso a caso, em favor de objetivos concretos; além disso, o sopesamento entre valores ou entre princípios não seria um procedimento baseado em *critérios racionais* e, por isso, seria realizado ou de forma arbitrária ou de irrefletida.

Assim, se as normas não são capazes de determinar previamente os comportamentos que são devidos, albergados pelo ordenamento jurídico, em razão da ausência da força deontológica dos princípios encarados como valores, as circunstâncias do caso concreto poderiam determinar a adoção de decisões teleológicas em detrimento das normas fundamentais do sistema. Diante disso, segundo Habermas, não seria possível manter a coerência do sistema normativo. (HABERMAS, 2003, p. 323-324, a).

A aplicação desse arcabouço metodológico, que considera os princípios como valores e impõe a utilização de técnicas como o sopesamento, em que a pretensão de validade deixa de ser normativa e passa a ser fundada em ordens de preferência, é uma das causas para a confusão funcional estabelecida entre o judiciário e o legislativo e que implica na ausência de legitimidade das decisões judiciais, segundo Habermas (2003, p. 319-323, a).

Assim, a aplicação desta jurisprudência de valores se consubstancia em um verdadeiro problema para a legitimidade das decisões, visto que “(...) implica um tipo de

concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente” (HABERMAS, 2003, p. 319), conferindo ao julgador a possibilidade de realizar uma escolha que caberia ao ente político, devidamente legitimado para exercer a função de legislação.

Nesse passo, o legislador acaba por ficar vinculado às construções jurisprudenciais valorativas, o que faz com que a jurisdição invada sua competência, assumindo a função legislativa de introduzir normas abstratas no sistema.

Rebatendo o argumento de que julgador e legislador agem da mesma forma no momento de tomar as decisões por estarem ambos vinculados às normas processuais, Habermas (2003, p. 323, a) afirma que:

O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas.

O que o autor tenta deixar claro é que mesmo que o julgador tenha de retomar a lógica argumentativa impressa pelo legislador no momento da produção da norma, realizada com base em critérios que legitimam suas decisões políticas, não pode dispor desta argumentação da maneira como lhe determinar as escolhas. A retomada da argumentação legislativa deve ser realizada de acordo com os princípios do direito vigente e não de forma a criar uma legislação implícita com base nas decisões dos tribunais. (HABERMAS, 2003, p. 323, a).

Mesmo sem ignorar que as decisões políticas estão sujeitas à irracionalidade derivada de escolhas calcadas em lutas de poder e votações passionais da maioria, p. ex., o autor não entende que o discurso da jurisdição possa se sobressair ao discurso do legislador sob o argumento de estar distanciado da política e dominado por uma racionalidade superior de especialistas. (HABERMAS, 2003, p. 329, a).

Afirma, nesse passo, que :

De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem *substituir* discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo inclusão de todos os atingidos. (HABERMAS, 2003, p. 329, a).

Como visto, a questão da legitimidade da jurisdição para Habermas não se limita meramente ao modelo de estado adotado e da divisão de poderes daí derivadas (perspectiva que o autor chama de funcional), dependendo muito da própria formatação metodológica conceitual dos institutos do direito a qual se submete a própria jurisdição.

Avançando em suas análises acerca da legitimidade da atividade judicial, Habermas demonstra, também, que as visões políticas são capazes de alterar os critérios de racionalidade da decisão judicial, a depender da forma como encaram a participação popular no processo de formação da vontade política. Para tanto, parte das diferenças entre a visão liberal e a visão republicana no que se refere ao processo democrático e a influência que tais visões têm no entendimento acerca da legitimidade da atividade jurisdicional. São estas diferenças que serão demonstradas no item seguinte deste estudo.

4.2 A formação política da vontade nas visões liberal e republicana e sua influência sobre o papel da jurisdição constitucional.

A análise de Habermas acerca da influência das visões políticas sobre a jurisdição constitucional se faz com os olhos voltados à realidade do controle de constitucionalidade dos tribunais norte-americanos e da doutrina que se estabeleceu com relação às explicações acerca da legitimidade de referidas decisões.

O autor utiliza este recorte sob a justificativa de que os constitucionalistas dos Estados Unidos situam suas discussões mais no âmbito político do que propriamente no âmbito metodológico (HABERMAS, 2003, p. 330, a). Isso faz com que a análise torne-se mais elucidativa.

Dentro deste aspecto politológico, amparado pela jurisprudência e doutrina norte-americana, afirma que:

No discurso sobre a divisão do trabalho entre o tribunal constitucional e o legislador democrático, os espíritos se dividem, principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a constituição atribui a esse processo, a qual pode ser formulada da seguinte maneira: em que deve consistir essa racionalidade em geral? Mesmo tendo como pano de fundo ideias empíricas, a teoria do direito toma o aspecto normativo para discutir o modo como a controversa relação entre os dois poderes foi considerada na tradição constitucional americana. (HABERMAS, 2003, p. 330, a)

As diferentes visões que buscam a avaliação do processo legislativo e do papel que a Constituição atribui a este processo são as visões liberal e republicana. As posições destas percepções se tornam mais agudas e mais evidentes nos procedimentos de controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer julgador tem o dever de analisar a constitucionalidade de determinada proposição legislativa (qualquer resolução normativa emanada do Poder Legislativo).

Habermas afirma que a principal diferença entre as visões políticas liberal e republicana acerca da justificação do controle de constitucionalidade, mormente o controle difuso de constitucionalidade (exercido por todo e qualquer julgador), encontra-se no papel do processo democrático. Segundo ele:

Segundo a visão “liberal” – eu seguirei essa terminologia simplificadora, que se introduziu na discussão americana –, o processo democrático desempenha tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. (HABERMAS, 2003, p. 332, a).

Sob esta visão liberal, a política, como expressão da vontade dos cidadãos, possui a função de fazer com que o Estado resguarde os interesses individuais contra as investidas de outros indivíduos e do próprio Estado, que é aparelhado para fazer valer esses interesses. (HABERMAS, 2003, p. 332-333, a).

No contexto republicano, por sua vez, a política não mais assume este papel de mediação entre os interesses do Estado, de um lado, e dos indivíduos, de outro. Segundo Habermas (2003, p. 333, a), na visão republicana:

“Política” é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *medium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes.

Assim, diante da visão republicana, além das instâncias reguladoras do poder estatal as das regras do mercado, estão presentes a orientação do bem comum e a solidariedade como fontes da integração social. (HABERMAS, 2003, p. 333, a). A influência dos ideais do modelo republicano influi decisivamente, portanto, no processo de formação da vontade política, isto é, no próprio processo legislativo de escolha do que normatizará as relações sociais.

A formação política horizontal da vontade na visão republicana depende do consenso obtido por meio das ações comunicativas. Pressupõe-se uma esfera da comunidade civil que não se liga às regras do mercado nem às determinações oriundas do Estado, garantindo aos cidadãos uma esfera de autodeterminação na formação política, tanto do ponto de vista genético quanto normativo.

Adequando esta visão republicana à teoria do discurso e a teoria procedimental da democracia, Habermas (2003, p. 333, a) afirma que esse “(...) desacoplamento da comunicação política da sociedade econômica corresponde, em nossa terminologia, a uma religação do poder administrativo ao poder comunicativo resultante da formação política da opinião e da vontade”.

Dentro do processo de formação política da vontade vários conceitos e circunstâncias se diferenciam em ambas as visões, em razão das próprias bases teóricas sob as quais estão fundadas cada um dos modelos. Segundo Habermas (2003, p. 334-337) a diferenciação ocorre nos seguintes casos: no conceito de cidadão, no conceito de direito, na natureza do processo político e nas condições processuais.

Quanto ao conceito de cidadão, a cidadania se define, no modelo liberal, por meio das liberdades negativas que os indivíduos possuem com relação ao Estado e os demais cidadãos. Por meio dessas liberdades, os cidadãos podem determinar a forma do Estado, pois os direitos de participação política se ligam à ideia de construção de um Estado que deve garantir essas liberdades negativas. “Desta maneira os civis, no seu papel de cidadãos, podem controlar se o poder do Estado é exercido no interesse dos civis como pessoas privadas”. (HABERMAS, 2003, p. 334, a).

Já no modelo republicano encontram-se liberdades positivas, principalmente relacionadas a direitos políticos de participação e de comunicação. Assim, são os cidadãos os próprios autores das normas que os vinculam. “Nesta medida, o processo político não serve apenas ao controle da atividade do Estado através de civis, os quais, no exercício de seus direitos privados e liberdades pré-políticas, já adquiriram autonomia social preliminar”. (HABERMAS, 2003, p. 334, a).

Relativamente ao conceito de direito, Habermas afirma que

Enquanto a interpretação liberal vê o sentido de uma ordem jurídica no fato de ela permitir constatar, no caso concreto, quais direitos competem a quais indivíduos, a visão republicana considera que esses direitos subjetivos resultam de uma ordem jurídica objetiva, a qual não somente torna possível, como também garante a integridade de uma convivência autônoma, com iguais direitos e que repousa no respeito mútuo. (HABERMAS, 2003, p. 335, a).

Assim, a ordem jurídica liberal é formada por um conjunto de direito subjetivos, atribuíveis a cada cidadão com vistas a garantir sua liberdade frente o Estado e os demais cidadãos. Já a ordem jurídica republicana, é composta por uma ordem de direitos objetivos que garantem a participação dos indivíduos no processo político de formação da vontade social.

Para o autor, apenas o republicanismo se aproxima do conceito de direito de uma teoria do discurso, vez que considera a legitimidade do direito como a própria possibilidade de participação dos destinatários na formação da vontade. “Ele liga a legitimidade das leis ao processo democrático de sua gênese, conservando, assim, o nexo interno da prática de autodeterminação do povo e do domínio impessoal das leis”. (HABERMAS, 2003, p. 336, a).

Quanto à natureza do processo político de formação da vontade, no modelo liberal a “(...) a política é essencialmente uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo”. (HABERMAS, 2003, p. 337, a). Os atores concorrentes do processo político agem estrategicamente com a finalidade de manter ou obter posições de poder, medindo-se o sucesso de suas ações pelo número de votos que obtêm de seus eleitores para sua própria candidatura e programas.

Por sua vez, as escolhas dos eleitores, que demonstram suas preferências, também são orientadas estrategicamente. Segundo Habermas (2003, p. 337, a) “Eles autorizam a assunção de posições de poder, pelas quais se digladiam os partidos políticos, no mesmo enfoque orientado pelo sucesso”.

Em contrapartida,

No entendimento republicano, a formação política da opinião e da vontade, na esfera pública e no parlamento, não obedece às estruturas de processos do mercado, mas às estruturas próprias de uma comunicação pública orientada pelo entendimento. Para a política no sentido de uma prática de autodeterminação de cidadãos, o paradigma não é o do mercado, mas o do diálogo. (HABERMAS, 2003, p. 337-338, a).

Segundo o autor, diante da concepção republicana as condições processuais, “(...) que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2003, p. 338-339, a), tornam-se mais claras e passíveis de controle tanto pelos membros da comunidade que participam do processo de formação da vontade, quanto pela atividade judicial, a qual incumbe a tarefa de retomar os discursos proferidos no momento das tomadas de decisões legislativas.

As posições acima expressas podem levar a crer que Habermas importa o pensamento da concepção republicana a fim de compor sua concepção de legitimidade no

âmbito da teoria discursiva. Contudo, mesmo se aproximando bastante de referida visão política, o autor tece a ela algumas críticas, principalmente no que se refere à busca por uma definição de bem comum que depende muito de uma ética universal não mais apreensível diante de uma comunidade complexa e plural.

Iniciando a aproximação entre as duas visões, a republicana e a discursiva, para posteriormente estabelecer os limites a partir dos quais se diferenciam, Habermas afirma que:

A compreensão republicana da política lembra o nexos interno entre o sistema de direitos e a autonomia pública dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições de *política deliberativa*, que fundam legitimidade. (HABERMAS, 2003, p. 340, a).

Assim, partindo de uma perspectiva republicana acrescida dos aspectos de uma teoria da democracia procedimental, o Tribunal Constitucional possui também o papel de assegurar a democracia deliberativa contra os influxos tanto das burocracias autonomizadas quanto dos interesses privados que visam às próprias finalidades em detrimento da autodeterminação dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 341, a).

Uns dos instrumentos de que pode se utilizar para fazer isso é a análise da própria racionalidade do argumento legislativo no momento da regulamentação da matéria, com avaliação do caráter discursivo da formação da opinião e da vontade: argumentos que não podem ser declarados no momento da deliberação legislativa não são capazes de racionalizar as matérias tratadas. Assim, “(...) o tribunal, que não dispõe dos argumentos políticos justificadores, não pode referir-se a argumentos atribuídos hipoteticamente, podendo apoiar-se em argumentos aduzidos faticamente”. (HABERMAS, 2003, p. 342, a).

Contudo, até que ponto, no processo de afastamento das decisões legislativas, o tribunal pode atuar, principalmente quando não se está em jogo a análise do procedimento, mas sim do próprio conteúdo da norma? “Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”. (HABERMAS, 2003, p. 343, a).

Diante disso, Habermas afirma que o republicanismo, apesar do que pode parecer, não confere poderes extremos ao autocontrole judicial. “Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional”. (HABERMAS, 2003, p. 341, a).

Entretanto, a visão republicana acerca da legitimidade das decisões judiciais, no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, acaba por conferir a uma ética extraída de concepções políticas, como a aristotélica, o papel de critério de legitimidade das decisões dos tribunais tomadas nesses sentidos. (HABERMAS, 2003, p. 343-344, a).

E é neste ponto que o autor enxerga o contraponto de uma concepção fundada na teoria do discurso. Neste sentido, afirma que:

Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste e afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão(...). (HABERMAS, 2003, p. 345, a).

Assim, não seria preciso a ocorrência de uma revolução para que cidadãos entendessem o papel que devem desempenhar na formação de sua autodeterminação ou de uma situação gravosa que se perpetue no tempo e que justifique a atuação neste sentido. E, sob o mesmo argumento, a jurisdição não precisaria estar inserida em uma situação de excepcionalidade para encontrar a ética do bem comum erigida pelos cidadãos.

O autor afirma, ainda, que

(...) um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção. (HABERMAS, 2003, p. 345, a).

A atividade judicial pode buscar seu crédito na própria aplicação do direito em uma concepção constitucional procedimental, segundo autor, exatamente porque nesta perspectiva o conceito de cidadão é normativo. Ao contrário, na concepção republicana a cidadania é um conceito ético, de modo que os cidadãos procuram o que é melhor para a coletividade. Entretanto, essa eticidade natural, formadora de um consenso de fundo não problemático, não é verificável em uma sociedade complexa e plural como a comunidade moderna (HABERMAS, 2003, p. 345, a). Assim, o problema da legitimidade das decisões judiciais também não encontraria sua solução.

Com base na afirmação de que os critérios de legitimidade das decisões dos tribunais constitucionais transitam pelas competências de aplicação do direito, Habermas sustenta que a

discussão sobre estes tribunais somente pode ser conduzida *in concreto*. Neste sentido defende que:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata de imposição procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. (HABERMAS, 2003, p. 346, a).

Ao tribunal constitucional, por sua vez, não se pode determinar a tarefa de substituir o legislador em sua função de estabelecimento da ordem jurídica sistêmica. O tribunal não pode ser o substituto de um legislador, ao qual se atribui uma imaturidade institucional, a fim de reestabelecer o que a comunidade entende por bem comum, dentro de uma lógica comunitarista. (HABERMAS, 2003, p. 347-348, a).

Com base na normatividade e na análise da aplicação do sistema jurídico pelos tribunais, o autor afirma que não é possível, diante da pluralidade, complexidade e normatividade que permeiam as sociedades modernas, fazer com que a tensão entre facticidade e validade se resolva por meio de uma república ética ideal, inserida em uma realidade constitucional que não se mostra perfeita, e não por meio do próprio direito. (HABERMAS, 2003, p. 348-349).

A normatização e, conseqüentemente, o discurso judicial que deve retomar construtivamente os argumentos legislativos, não podem ser inferidos do que seja moral e eticamente mais adequado. Segundo Habermas (p. 350),

A normatização encontra-se originariamente sob o ponto de vista da justiça e se mede por princípios que definem o que é simetricamente bom para todos. As questões de justiça, ao contrário das questões éticas, não são naturalmente referidas às formas de vida de uma determinada coletividade. Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 350, a).

Como visto anteriormente, a jurisdição, no momento da aplicação das normas jurídicas, observadas as circunstâncias envolvidas, retoma os diversos argumentos levantados no momento da normatização (positivação), de forma a racionalizar as pretensões de validade do direito vigente. “Nos discursos jurídicos, surgem não somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos”. (HABERMAS, 2003, p. 351-352, a).

Assim, a jurisdição retoma a política deliberativa da normatização no momento da aplicação do direito, podendo controlar o próprio procedimento de positivação do direito e o conteúdo inserido no sistema. É retomada, portanto, a discursividade que deve ser observada no procedimento legislativo, no qual

(...) a adução de informações e a escolha pragmática dos meios estão entrelaçadas com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o autoentendimento ético e a formação de preferências, com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência. (HABERMAS, 2003, p. 351-352, a).

É sob estes aspectos que Habermas trata da questão entre facticidade e validade inseridas na jurisdição, a qual estão submetidas, em última análise, todas as situações verificadas em um Estado Democrático de Direito.

Nesta análise da legitimação da atividade jurisdicional, que se verifica pela retomada, no momento da aplicação, do feixe de argumentação contido no procedimento legislativo deliberativo para a prolação de decisões racionais fundadas na normatividade, o autor se baseia em diversos outros pontos de vista com a finalidade de determinar que a proposição discursiva é aquela que melhor se adequa às exigências de uma sociedade moderna inserida em um Estado Democrático de Direito.

Estabelecidas as bases sob as quais Habermas entende a racionalidade da jurisdição constitucional na aplicação do direito, o próximo capítulo utilizará de um estudo de caso concreto relacionado a matéria tributária, mais especificamente à extrafiscalidade, com a finalidade de analisar a aplicabilidade da teoria explicitada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

5 A CONSTATAÇÃO DA RACIONALIDADE HABERMASIANA A PARTIR DE UMA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO DE CASO

A teoria apresentada até o presente momento será utilizada para promover uma análise de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Com isso, pretende-se demonstrar de que forma a teoria habermasiana pode ser utilizada para analisar a legitimidade das decisões em matéria tributária proferida pelos tribunais brasileiros em sede de controle de constitucionalidade.

Como visto anteriormente, Habermas afirma que em uma decisão racional “O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente” (HABERMAS, 2003, p. 323, a).

A decisão selecionada para a análise é, diante desses argumentos, emblemática e por isso foi escolhida como objeto de estudo. Isto porque, a partir dela é possível entender de que forma o tribunal retomou o feixe argumentativo legitimador da normatização e se a retomada promovida se adequou ao que Habermas entende por decisão racional. Isto é, de acordo com a teoria apresentada até aqui será possível determinar se a decisão proferida pode ser considerada racional perante um Estado de Direito que se pretenda democrático.

O principal questionamento acerca da racionalidade da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, que será analisada neste capítulo, gira em torno da correta observação do princípio da extrafiscalidade, erigido pelo legislador constitucional como norma de observação obrigatória no momento da normatização e aplicação das normas tributárias. Este princípio não encontra positividade expressa no ordenamento jurídico, mas é argumento decisivo na criação e instituição de determinados tributos, possuindo, portanto, o caráter deontológico exigido dos princípios pela teoria de Habermas.

Exatamente em razão do fato de que a função extrafiscal dos tributos não encontra previsão normativa expressa no texto constitucional, mas é argumento que orienta de maneira decisiva a normatização tributária, é que a decisão se consubstancia em relevante objeto de análise por meio da teoria habermasiana. De acordo com esta teoria, a aplicação das normas ao caso concreto e a verificação de sua constitucionalidade deveria passar, necessariamente, pela retomada do feixe argumentativo e que envolve, no caso do direito tributário, a observação da função extrafiscal predominante em determinadas exações.

Para que seja possível fazer corretamente a análise que se pretende, é preciso, em um primeiro momento, realizar um estudo sobre a própria extrafiscalidade e de que maneira o ordenamento jurídico tributário a considera, tanto no momento da normatização quanto no momento da aplicação e verificação de constitucionalidade das demais normas do sistema. É o que se pretende fazer no item seguinte.

5.1 A extrafiscalidade no ordenamento brasileiro

A manutenção do Estado e das prestações que este se dispõe a entregar a seus indivíduos depende da tributação. O Estado se utiliza da receita arrecadada com os tributos para custear sua estrutura, seus projetos e as demais prestações a que está sujeito. A criação e instituição destes tributos, isto é, sua normatização, deve seguir as determinações relativas às fontes normativas do direito tributário das quais se tratou no segundo capítulo deste estudo.

E não são poucas as prestações a que o Estado está sujeito, vez que exerce um papel de grande relevo em nossa sociedade. Precisa garantir desde a liberdade de seus indivíduos até a implementação de direitos sociais, passando pela manutenção de estruturas capazes de garantir e regulamentar a atividade econômica privada. Exatamente em razão disso, o custo de sua manutenção também é significativo.

É certo que não só a tributação é fonte das receitas que financiam a estrutura e os projetos estatais. O endividamento público, a emissão de moeda e a exploração, com seus próprios recursos, de uma atividade econômica rentável são exemplos dessas outras fontes de arrecadação de recursos. Entretanto, é inegável que a tributação, instrumento de obtenção de divisas dos particulares, é a principal fonte de receitas estatais. (BALEIRO, 2012, p. 217-219).

Quando se está diante desta função dos tributos, isto é, da função de levar dinheiro aos cofres públicos com a finalidade própria de arrecadação, está-se diante da função fiscal. Contudo, por ser diretamente relacionada com a atividade dos particulares, a tributação pode afetar o modo pelo qual estas atividades, principalmente relacionadas à alocação de recursos, são realizadas. Isso impõe o raciocínio de que o tributo pode ser instituído com a finalidade principal de influir no comportamento dos particulares, na forma como eles praticam suas atividades.

Ao tratar do tema, Schoueri (2015, p. 39) nomina tal função de indutora e afirma que:

Esta característica impõe que se perceba que os tributos têm várias funções. Ao lado da mais óbvia – a arrecadadora – destacam-se outras, comuns a toda a atividade financeira do Estado (receitas e despesas): as funções distributiva, alocativa (indutora) e estabilizadora. Ao afetar o comportamento dos agentes econômicos, o tributo poderá influir decisivamente no equilíbrio antes atingido pelo mercado.

É necessário ressaltar que para o autor, contudo, extrafiscalidade e normas tributárias indutoras não se confundem. Possuem para ele, isto sim, uma relação de gênero-espécie. As normas tributárias indutoras seriam espécies do gênero extrafiscalidade (SCHOUERI, 2005, p. 32). Expondo as justificativas pelas quais adota tal diferenciação, o autor afirma que a extrafiscalidade:

(...) pode implicar constituírem normas que já não se incluem na fiscalidade, com isso desvencilhando dos ditames próprios do regime tributário. (...) A expressão “normas tributárias indutoras”, por outro lado, tem o firme propósito de não deixar escapar a evidência de, conquanto se tratando de instrumentos a serviço do Estado na intervenção por indução, não perderem tais normas a característica de serem elas, ao mesmo tempo, relativas a tributos e portanto sujeitas a princípios e regras do campo tributário. (SCHOUERI, 2005, p. 34).

No presente estudo não se fará a mesma diferenciação feita pelo autor, aproximando a definição dos dois termos, isto é, tratando a extrafiscalidade como a função pela qual o Estado pretende a intervenção no domínio econômico por meio da indução de comportamentos, através das normas tributárias. A escolha se justifica em razão de ser sob esta ótica que a maioria da doutrina especializada aborda o tema⁸.

Esclarecida a própria definição do termo extrafiscalidade, é preciso ressaltar que o principal exemplo do modo pelo qual a tributação influi decisivamente no comportamento das pessoas é repetido em várias obras e se relaciona com a tributação dos indivíduos que levava em consideração o número de janelas que possuíam suas casas, na Europa em tempos anteriores. Quanto mais janelas sua casa possuía, mais tributado o indivíduo seria. A partir desta espécie de tributação, as casas passaram a ser construídas com um número menor de janelas.

Este exemplo não se relaciona diretamente com uma atividade econômica, mas serve bem para ilustrar a mudança de comportamento social em razão da tributação. Mankiw mede

⁸ Vide, p. ex.: ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 150-151; MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público VIII: assuntos administrativos em geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 380-381.

a influência da tributação dos participantes do mercado considerando os conceitos econômicos de excedentes. Segundo ele,

O benefício obtido pelos compradores em um mercado é medido pelo excedente do consumidor – a quantia que os compradores estão dispostos a pagar por um bem menos o que efetivamente pagam. O benefício obtido pelos vendedores em um mercado é medido pelo excedente do produtor – a quantia que os vendedores recebem pelo bem menos seus custos. (MANKIW, 2008, p. 161)

Esses excedentes são determinados pela oferta e demanda. Quando se institui um tributo nesse mercado, o preço do produto é majorado na medida do próprio tributo. Diante disso, o preço pago pelos compradores é maior e o preço recebido pelos vendedores é menor do que antes da instituição do tributo. Essa redução dos excedentes representa a receita arrecadada pelo Estado. (MANKIW, 2008, p. 161).

É exatamente em razão do fato de que a instituição do tributo afeta tanto o excedente do consumidor quanto do comprador que o autor afirma que a incidência tributária (maneira pela qual o ônus de um imposto é dividido entre os participantes do mercado) não pode ser alterada por lei (MANKIW, 2008, p. 124). Ou seja, para fins econômicos não importa que o legislador determine que o ônus recaia apenas sobre o consumidor ou sobre o comprador. Ambos serão afetados pela instituição do tributo. O que se altera, nesse caso, é o responsável por destinar os recursos aos cofres públicos, ou seja, o responsável pela arrecadação (MANKIW, 2008, P. 163).

O que ocorre é que a própria incidência do tributo não é neutra sobre a economia, “(...) pois acaba por ter reflexos na forma como a totalidade dos recursos é dividida na utilização do setor público e do setor privado”. (SCHOUERI, 2015, p. 39). Dessa função alocativa advém a indução de comportamento.

Essa indução de comportamentos pode ser, conforme dito anteriormente, desejada pelo ente público em sua função regulamentadora das atividades do setor privado. Nesse caso é que se revela a função extrafiscal. Nesse sentido se manifesta Mendes (no prelo) quando afirma que

O tributo, ao ser criado e estruturado por intentos diversos daquele de fornecer receitas à máquina pública, exerce funções além da fiscal, por isso chamadas de função extrafiscal ou extrafiscalidade. A fiscalidade, desse modo, é a função que o tributo desempenha ao municiar os cofres do Estado, ao passo que a extrafiscalidade são todas as demais funções exercidas pela tributação.

Não se pode olvidar que mesmo quando há prevalência da função extrafiscal na instituição de um tributo, a função fiscal não está afastada. Isso porque, mesmo servindo principalmente para outras funções que não a arrecadatória, o valor arrecadado com o tributo será levado aos cofres públicos. Assim, no presente estudo, será denominado tributo fiscal aquele cuja função *precípua* seja a de arrecadação de valores para o custeio das atividades estatais, e de tributo extrafiscal aquele que possuir função *precípua* diversa da arrecadatória, p. ex., de induzir o comportamento dos indivíduos para determinado rumo.

A delimitação dessas funções específicas é de suma importância para o estudo do tema abordado. É a partir dela que será analisada a necessidade da consideração dessas funções seja no que se relaciona à legitimidade e constitucionalidade no procedimento de normatização, seja no que se refere à racionalidade decisória na sua aplicação.

As análises realizadas levam à conclusão de que a tributação não pode ser tratada isoladamente apenas pela ciência jurídica, vez que afeta decisivamente questões econômicas e mesmo sociais. Por isso, no item seguinte serão tratados aspectos das ciências das finanças que devem ser levados em conta no momento da interpretação das normas tributárias.

5.2 Os argumentos da ciência das finanças

Como visto no primeiro capítulo, para Habermas o direito possibilita a regulamentação normativa das interações estratégicas, criando regras sobre as quais os próprios atores sociais se entendem. O sistema jurídico possibilita, dessa forma, obter-se a facticidade da imposição de controle da ação estratégica juntamente com a validade do reconhecimento intersubjetivo das normas jurídicas (REPA, 2008, p. 64).

Ao criar normas tributárias, portanto, as normas jurídicas possibilitam não somente o abastecimento dos cofres públicos para que o Estado cumpra seu papel. É possível que os próprios atores sociais, institucionalmente, determinem a regulamentação das ações estratégicas do mercado, orientando ou induzindo a sua ação para um determinado objetivo entendido como socialmente mais desejável.

Entretanto, a positivação destas normas tributárias não pode prescindir da análise de argumentos inicialmente atribuíveis à ciência das finanças, mas que justificam a adoção de determinada forma de tributação. Isto é, sem que estes argumentos sejam analisados no momento da normatização e retomados no momento da aplicação das regras jurídicas, a

legitimidade das normas fica prejudicada vez que torna-se mais difícil determinar a racionalidade das decisões impostas juridicamente. A criação das regras, neste caso, estaria sujeita apenas à vontade do legislador político, sem a demonstração dos argumentos idôneos que justificassem a adoção de determinada forma tributária em detrimento de outra.

Para entender a dimensão destas afirmações é necessário entender, mesmo que de maneira superficial, a estrutura ideal de um sistema econômico que se pretende eficiente, de forma a distribuir as riquezas produzidas da melhor forma possível entre os indivíduos de uma comunidade. E, a partir daí, determinar de que forma os legisladores políticos devem se utilizar destes argumentos no momento da normatização tributária.

A análise econômica se faz a partir da utopia de que os recursos estariam à disposição de toda a população de forma a que todos os indivíduos pudessem aproveitá-los ao máximo. Contudo, sabe-se que os recursos são escassos e não inesgotáveis. Diante disso, é preciso que estes recursos sejam distribuídos da melhor maneira possível ao maior número de pessoas.

Ocorre que para se determinar a satisfatória distribuição de recursos em uma realidade de escassez (que foge à utópica percepção de recursos inesgotáveis à disposição de todos) não basta a simples verificação do equilíbrio do sistema econômico objeto da análise. Esse equilíbrio deve refletir a presença do binômio eficiência/equidade (SCHOUERI, 2015, p. 35).

Isso quer dizer que não basta o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis a fim de gerar o maior bem-estar possível. “Afim, dada a definição de eficiência (cenário em que a situação de um agente não pode melhorar sem que a de outro seja prejudicada), é possível considerar uma série de posições eficientes”. (SCHOUERI, 2015, p. 37). Existe equilíbrio, p. ex., quando a maior parte da riqueza disponível está concentrada nas mãos de um só indivíduo: caso tente-se distribuí-la, a sua situação estará pior. E é exatamente para readequar a situação indesejada deste tipo de equilíbrio e eficiência que se deve considerar a equidade.

A equidade é, portanto, a medida que determina a alteração das condições iniciais dos agentes para encontrar uma nova situação de equilíbrio que proporcione maior acesso às riquezas disponíveis. Entretanto, a intervenção nas condições iniciais não se faz de forma absolutamente neutra:

O problema é que, ao interferir nas condições de mercado, com a finalidade de redistribuir renda (e portanto modificar as condições iniciais dos agentes, visando a um novo equilíbrio), o Estado acaba afetando a neutralidade do próprio sistema econômico, implicando decisões que já não se fazem exclusivamente com base em critérios econômicos. Ou melhor: decisões que se fazem, sim, com critérios

econômicos, mas novos, uma vez que incluem a variável decorrente da própria atuação estatal. (SCHOUERI, 2015, p. 37).

Isso implica afirmar que a intervenção Estatal por meio da tributação também não se furta a afetar a neutralidade do sistema. O quadro traçado acima é, brevemente, aquele que traça a ciência clássica das finanças. Não se quer afirmar aqui que tal quadro é isento de críticas, mas é dele que partem as análises realizadas neste ramo científico. São estes argumentos que justificam a menor ou maior intervenção estatal de acordo com o ponto de vista adotado por cada cientista.

Aproveitando-se destas afirmações acima realizadas na instrumentalização da teoria habermasiana, é possível afirmar que é da ciência das finanças que se extrairão os argumentos relativos a necessidade e aos efeitos da tributação em determinada realidade social, de forma a fornecer os argumentos legitimadores das normas jurídicas tributárias e que deverão ser retomados no momento da aplicação pela jurisdição. Principalmente no momento da verificação da constitucionalidade das normas, de forma a retomar o feixe argumentativo que guia as normas constitucionais relativas à tributação.

Essas considerações econômicas e a contribuição fornecida pela ciência das finanças são determinantes na normatização e aplicação do direito tributário, na medida em que fornecem argumentos verificáveis e sujeitos ao controle pelos atores da sociedade em que estão inseridas as regras, possibilitando a verificação da formação legítima a democrática da vontade.

Diante disso, a legitimidade das normas tributárias, sob a perspectiva da teoria habermasiana, não pode se ater a meras questões de legalidade formal, de adequação formal e material à norma superior. Os argumentos da normatização erigidos com base em uma teoria discursiva da democracia são decisivos na análise da legitimidade e, consequentemente, da racionalidade da decisão judicial. A argumentação nestes moldes é o constrangimento ao legislador político para que a formação da vontade seja realmente realizada de forma a atender a vontade formada intersubjetivamente pelos próprios atores das normas jurídicas.

As considerações expostas não devem levar à conclusão de que as normas e valores da ciência das finanças podem corrigir o direito, afastando sua aplicação de forma absoluta. Sua contribuição se verifica no nível argumentativo, decisivo para análise da legitimidade do sistema normativo vigente.

Isso implica afirmar, também, que a própria jurisdição e a doutrina responsável pelo estudo da tributação, não podem se furtar à análise de referidos argumentos, a fim de não estarem sujeitas à irracionalidade ou à redução do objeto de estudo, respectivamente. Ao não

expandir seu objeto de estudo, a dogmática jurídica tributária se isola e não cria condições para que se conteste, juridicamente, a validade de um tributo que impacta negativamente e de forma desproporcional o equilíbrio das relações econômicas, se este foi posto no sistema por meio de lei formalmente adequada e que siga os parâmetros conteudísticos da legislação superior.

Da mesma forma, não será possível a contestação de um tributo cuja finalidade primordial foi desvirtuada por meio de uma aplicação desviada do ordenamento, isto é, cuja formação de vontade se deu com base em um agir estratégico.

Por exemplo, caso um tributo com caráter eminentemente extrafiscal seja utilizado com intuito único de suprir uma diminuição da arrecadação, o impacto econômico e financeiro gerado na sociedade que não via, inicialmente, para aquele tributo, a possibilidade de sua utilização com referida finalidade, não poderá ser ignorado no momento da apreciação da legitimidade, vez que os argumentos utilizados no momento da normatização não se estruturam com base no agir comunicativo orientado pelo sistema jurídico.

Assim, o legislador político e a atividade jurisdicional, caso considerem apenas critérios de adequação formal e material com as normas superiores, não alcançarão a legitimidade e racionalidade de suas decisões, nos termos da teoria argumentativa. Segundo a teoria habermasiana, os argumentos utilizados pelo legislador político e retomados no momento da aplicação pela atividade jurisdicional devem guardar consonância com o próprio ordenamento jurídico sistematicamente avaliado e fundado em pretensões de validade legítimas. (HABERMAS, 2003, p. 297-298).

Da mesma forma que não podem corrigir as normas jurídicas, as regras econômicas e de finanças não serão aplicadas diretamente ao sistema jurídico. Deverão sim ser consideradas como orientadores de interpretação/aplicação das normas jurídicas tributárias, sob pena de se desconsiderar o efeito inevitável da tributação na alocação de recursos do mercado e seu possível caráter indutor de comportamento. São, portanto, argumentos que estabelecem a pretensão de validade da normatização e aplicação do direito.

Tendo em vista tudo o que se disse, o próximo capítulo analisará a função extrafiscal como argumento erigido a critério de legitimidade, pelo legislador, das normas jurídicas tributárias e que, segundo a teoria habermasiana, deve ser retomado no momento da aplicação das normas e da verificação da coerência (constitucionalidade) do sistema jurídico pela jurisdição a fim de que a decisão possa ser considerada racional.

5.3 Extrafiscalidade, normatização e aplicação das normas tributárias

Como visto anteriormente, a adequação formal e material não mais se coaduna com a realidade de uma sociedade moderna que, superando os critérios de validade absolutos e imutáveis da teologia, metafísica ou do direito natural, passa a exigir a racionalidade das decisões que influenciam seu comportamento. Principalmente quando se está diante de uma comunidade complexa e plural e que pretende sua regulamentação por meio de um direito democraticamente institucionalizado. Isto é, a mera subsunção das normas jurídicas positivadas às de nível hierárquico superiores não mais se conforma a esta realidade.

No âmbito da teoria habermasiana, a legitimidade das normas jurídicas deve ser aferida por meio da teoria procedimental da democracia, fundada em uma teoria do discurso:

O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. (HABERMAS, 2003, p. 307, b).

É o processo democrático, segundo o autor, que garante a ampliação argumentativa e, ao mesmo tempo, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade (HABERMAS, 2003, p. 308, b). É dessa legitimidade que flui, conseqüentemente, a racionalidade das decisões judiciais no momento da aplicação das normas jurídicas. Ou seja, os argumentos erigidos à condição de pretensão de validade das normas jurídicas devem ser levados em consideração tanto no momento das novas normatizações, bem como no momento da aplicação de tais normas.

Não se ignora, contudo, que o direito positivo é um sistema autônomo e, como tal, é regido por regras próprias de constituição dos elementos que o compõe, oriundos do processo de normatização. Assim, somente pode ser considerado como norma jurídica o enunciado que foi introduzido no sistema por meio de um procedimento formal previamente estabelecido por uma norma superior (CARVALHO, 2011, p. p. 100-120). Habermas reforça esta passagem em sua obra quando conceitua o direito como um sistema de normas positivas (HABERMAS, 2003, p. 308, b).

Isso quer dizer que as regras da ciência das finanças e da ciência econômica não são dotadas de caráter deontológico como as normas jurídicas internalizadas ao sistema jurídico

por meio do processo legislativo adequado. Não podem, por isso, ser aplicadas em detrimento de normas jurídicas devidamente inseridas no sistema, conforme já se afirmou em passagem anterior.

Contudo, isso também não implica afirmar que tais regras devem ser completamente desconsideradas e tidas como irrelevantes no momento da aplicação das normas à situação fática concreta que é, inevitavelmente, influenciada por essas regras, como a regra da oferta e demanda. No momento da normatização e da aplicação da norma jurídica tributária, devem ser levadas em conta premissas legitimadoras oriundas de outros sistemas sociais, não se olvidando das previsões jurídico-normativas válidas, considerando-as como discursos que geram a pretensão de validade das normas jurídicas postas no sistema (HABERMAS, 2003, p. 290, a).

É exatamente isto o que ocorre com a extrafiscalidade. A instituição de normas jurídicas infraconstitucionais e a sua aplicação nos casos concretos que envolvam um tributo com finalidade precípua diversa da arrecadação deve levar em consideração o cumprimento desta finalidade, a fim de que as pretensões de validade iniciais não sejam violadas. A extrafiscalidade, assim, não é mero efeito colateral da tributação. É elemento indispensável no momento da instituição e da aplicação das normas tributárias.

É exatamente neste sentido que escreve Mendes (no prelo) quando afirma que:

A função extrafiscal, desse modo, não se esgota na faculdade atribuída ao legislador infraconstitucional para perseguir escopos não fiscais por meio de regras tributárias; faculdade esta limitada pelos ditames estabelecidos no Sistema Constitucional Tributário. A própria Constituição diretamente estabelece objetivos a serem alcançados por meio da tributação. Há, portanto, uma extrafiscalidade constitucional, a qual não é casuística, acidental, nem excepcional.

Mesmo diante destes fatos, a maioria da doutrina tributária brasileira não se atenta para a importância da extrafiscalidade, não se ocupando do seu cumprimento e do atingimento dos fins não fiscais estabelecidos pelas normas tributárias. O mesmo parece ocorrer com a jurisprudência dos tribunais pátrios.

A seu turno, a própria Constituição, se não prevê expressamente a função extrafiscal como regra, a eleva ao nível de argumento legitimador da instituição e aplicação das demais normas do sistema, conferindo-lhe caráter deontológico, como se viu da transcrição da passagem acima. Isto é, como qualquer norma constitucional deve subordinar a criação e aplicação das normas infraconstitucionais.

Dois dos principais exemplos da previsão constitucional da extrafiscalidade são: a previsão de tratamento incentivador inclusive por meio de regras tributárias diferenciadas e mais benéficas (art. 176, da Constituição Federal); e a previsão de progressividade do imposto predial territorial urbano para evitar o descumprimento da função social constitucionalmente estabelecida para a propriedade (art. 182, §4º, II, da Constituição Federal).

Essas previsões constitucionais revelam o caráter intervencionista da Constituição que, por certo, é também acompanhado por previsões liberais que exigem a não intervenção estatal ou mesmo a proibem em certas situações. Assim, o Sistema Tributário Nacional prevê normas de cunho extrafiscal para o atingimento dos objetivos constitucionais nas mais diversas situações, ao mesmo tempo em que prevê a neutralidade da tributação com relação à conduta dos particulares nas atividades privadas, integrando o viés intervencionista e o viés liberal (MENDES, no prelo). Na visão da teoria habermasiana, esta indução de determinados comportamentos em sociedade por meio da tributação é pretensão de validade inescapável para análise da legitimidade da normatização e, conseqüentemente, da racionalidade das decisões judiciais.

Mendes (no prelo) classifica as regras constitucionais que preveem escopos não fiscais para a tributação com base em dois critérios principais: a direção da intervenção e a modulação deôntica. Com relação a ambos os critérios, de cuja combinação extrai 9 (nove) tipos de normas constitucionais extrafiscais, o autor assim escreve:

Em relação à modulação, as regras constitucionais podem (i) permitir, (ii) obrigar e até (iii) proibir o emprego do tributo com fins extrafiscais. Quanto à direção da intervenção, podem se referir a (a) incentivo, a (b) desestímulo, e à (c) comunhão de ambas as direções pelo fomento de certas condutas e inibição de outras axiologicamente opostas.

Se, por um lado, a extrafiscalidade não é mero efeito colateral da tributação, vez que elevada ao nível constitucional de pretensão de validade das normas jurídicas, ela também não pode, por si só, determinar a criação e o aumento de tributos. Ou seja, a instituição e aplicação das normas tributárias devem levar em consideração, obrigatoriamente, a previsão de possível caráter extrafiscal. Entretanto, a extrafiscalidade não pode, isoladamente, ser motivação para instituição e aumento de tributos, pois exige fundamentação quanto à necessidade de sua utilização. (MENDES, no prelo).

E a principal razão reside nas previsões constitucionais dos princípios tributários e da competência tributária que, ao fim e ao cabo, é verdadeira limitação ao poder de tributar (CARVALHO, 2011, p. p. 150-157). Mendes (no prelo) afirma que a competência, ainda,

“(...) estabelece fronteiras ainda mais nítidas e precisas ao emprego de tributos com fins extrafiscais”.

A extrafiscalidade, assim, obedecidos os limites constitucionais ao poder de tributar, é função tributária de observação obrigatória, não possuindo apenas caráter orientativo ou colateral. Influencia as decisões no campo jurídico e não somente no campo político. As palavras de Mendes (no prelo) concluem definitivamente a ideia suscitada no presente tópico:

O caráter extrafiscal da tributação é um importante vetor hermenêutico capaz de colaborar para a interpretação das dicções legislativas, especialmente no patamar superior do nosso sistema normativo, onde coopera decisivamente com múltiplos desdobramentos para a configuração do Regime Constitucional Tributário.

Tomando estas afirmações como premissas, juntamente com todo o arcabouço teórico dos capítulos anteriores, mais especificamente no que se refere à racionalidade das decisões judiciais com base na teoria habermasiana discursiva da democracia procedimental, é que serão analisados os fatos e os fundamentos jurídicos envolvidos na decisão monocrática do Recurso Extraordinário nº 800.282-SP, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, e que foi mantida no julgamento do Agravo Regimental interposto em face desta decisão.

5.4 A pretensão legitimadora dos argumentos relativos à extrafiscalidade e a retomada de seu feixe argumentativo pela decisão do Supremo Tribunal Federal

Para a verificação da aplicabilidade das premissas fixadas nos capítulos anteriores ante um caso concreto, será utilizado o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 800.282 cuja questão de fundo envolve averiguação da inconstitucionalidade da Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 348, de 30 de dezembro de 1998.

Referido instrumento legislativo, alterado pela Portaria MF nº 22, de 03 de março de 1999, estabeleceu o aumento da alíquota do IOF (Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários) para 0,38% e 2,38% nas operações que menciona. Por outro lado, estabeleceu alíquotas zero para outras operações. O dispositivo de seu art. 6º é assim redigido:

Art. 6 ° Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 24 de janeiro de 1999, até a data de reinício da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF.

Fundamentando-se, principalmente, neste artigo, o Agravante, no AgR no RE anteriormente mencionado, requereu a impossibilidade de incidência das majorações referidas, visto que, segundo ele, o aumento descaracterizava o tributo (IOF) que não pode ter suas receitas vinculadas. O artigo mencionado faz transparecer a clara intenção de substituir a arrecadação da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira) pelas novas receitas oriundas do incremento nas alíquotas do IOF.

Em decisão monocrática foi negado seguimento ao recurso sob dois argumentos principais:

(i) o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que é constitucional a edição de norma infraconstitucional com o intuito de delegar a Ministro de Estado a competência para alterar as alíquotas de impostos; e (ii) não se pode afirmar, concretamente, que os recursos provenientes da majoração de IOF efetivamente foram destinados para os mesmos fins da CPMF

No recurso contra a decisão monocrática (Agravamento Regimental), o Relator foi novamente o Ministro Luís Roberto Barroso que seguiu exatamente a mesma linha daquela decisão singular. Isto é, considerou-se que não foi possível afirmar que os recursos oriundos da arrecadação com base nas novas alíquotas do IOF cumpririam as mesmas funções daquelas previstas para a CPMF.

Estes argumentos serão analisados em cotejo com as premissas teóricas até aqui estabelecidas. Para tanto, é necessário traçar um breve histórico legislativo da CPMF, bem como descrever algumas considerações acerca do IOF.

5.4.1 Evolução legislativa da CPMF

A outorga de competência à União para a instituição da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira) foi inicialmente conferida pela Emenda Constitucional nº 12, de 16 de

agosto de 1996, que incluiu o art. 74 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A instituição do tributo ficou por conta da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996. Como se tratava de uma contribuição provisória, a incidência se daria pela ocorrência dos fatos geradores previstos no prazo de 13 (treze) meses, contados após 90 (noventa) dias da publicação da lei, isto é, a partir de, 22 de janeiro de 1997, respeitando-se a noventena constitucional, até 22 de fevereiro de 1998.

Entretanto, esta lei foi alterada pela Lei 9.539, de 12 de dezembro de 1997, dispondo a incidência relativamente aos fatos geradores ocorridos no prazo de 24 meses, contados a partir de 23 de janeiro de 1997. Assim, o prazo de encerramento da contribuição seria em 23 de janeiro de 1999.

Efetivamente, no prazo estabelecido, a contribuição perdeu seu efeito. Voltou a incidir apenas em 17 de junho de 1999 perdurando até 17 de junho de 2002, em razão da edição da Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999. Após prorrogações posteriores, a contribuição teve vigência até 31 de dezembro de 2007.

O que importa aqui, contudo, é a prorrogação de 24 meses realizada pelo art. 1º, da Lei 9.539/97. Como dito acima, por este prazo, a CPMF seria extinta em 23 de janeiro de 1999. E foi exatamente isto o que ocorreu. Entretanto, em 31 de dezembro de 1998, no apagar das luzes daquele ano, o Ministério da Fazenda publicou a portaria objeto de análise no Ag.R no RE supracitado, majorando a alíquota do IOF até nova prorrogação do prazo de vigência da CPMF.

Sua vigência seria de 24 de janeiro de 1999, um dia após o prazo estabelecido pela Lei 9.539/97, até a reinserção da CPMF no sistema jurídico, o que ocorreu com a EC nº 21/99, publicada apenas em março deste mesmo ano. Assim, durante o período em que CPMF não poderia ser cobrada em razão do esgotamento do prazo fixado em lei até a sua reinserção no sistema, as alíquotas do IOF foram majoradas em 0,38%, exatamente a alíquota na qual a CPMF foi reestabelecida pela EC 21/99. Isto é, nos casos em que a alíquota do IOF passou a ser de 0,38%, eram anteriormente de zero. Nos casos em que passou a ser de 2,38%, eram de 2,0%.

Essas informações levam a crer, portanto, que o aumento das alíquotas do IOF foi diretamente relacionado com a redução na arrecadação do Governo Federal advinda da perda de vigência da CPMF. Para entender melhor a situação de que se fala, vale uma breve análise da função primordial do imposto em questão.

5.4.2 IOF: A regra-matriz e função primordial

A incidência do IOF pode ocorrer em qualquer localidade do território nacional, constituindo este elemento o critério espacial da hipótese de sua regra-matriz. O critério temporal é o momento da operação. Ainda no âmbito da hipótese, o critério de mais relevo para o presente estudo é o material (verbo mais complemento).

Como se sabe, é a Constituição Federal, ao delimitar a competência dos entes federativos na instituição dos tributos, o limite sintático e semântico para a fixação do critério material da regra-matriz de qualquer tributo. Não poderia ser diferente com o IOF. No inciso V, de seu art. 153, ela delimita as competências e, conseqüentemente, as possíveis hipóteses em que o tributo poderá incidir: “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

Assim, são quatro as situações/operações que permitem a incidência o IOF: relativa a câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários. Carvalho (2011, p. 723) assim escreve sobre o tema:

O imposto de que nos ocupamos agora atinge, fundamentalmente, as operações relativas à circulação de valores a ele referidos, que se exteriorizam por intermédio de operações de crédito, câmbio e seguro e de quaisquer espécies de títulos vinculados ao sistema financeiro ou à Comissão de Valores Mobiliários, vale dizer, que transitam pelo sistema financeiro ou sejam fiscalizados, por alguns de seus órgãos.

Mosquera (2011, p. 116-119) é incisivo ao não reconhecer a correção da denominação IOF – “imposto sobre operações financeiras”, exatamente em razão do fato de que esta não é a materialidade prevista pela Constituição Federal para referido tributo. Afirma que “As dificuldades se iniciam pelo fato de estar-se denominando, por meio de única expressão, quatro impostos distintos que, apesar de estarem previstos no artigo 153, inciso V, da Carta Constitucional, têm regras-matrizes de incidência dessemelhantes (...)”. (MOSQUERA, 2011, p. 117).

E continua, afirmando que:

A questão torna-se ainda mais grave quando se constata que a expressão *imposto sobre operações financeiras* não reflete, precisamente, a materialidade das exações as quais supostamente deveria representar. O acréscimo da palavra “financeiras” à expressão “imposto sobre operações” indica que o imposto teria incidência somente sobre operações de cunho financeiro, o que não acontece no caso do IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguro e IO/Títulos. (MOSQUERA, 2011, p. 118).

É possível perceber, levando em conta o que se disse acerca do critério material previsto constitucionalmente para o imposto sob análise, que o autor apresenta ponderações corretas com as quais não é possível discordar. Diante disso, quando forem utilizadas, neste estudo, a sigla “IOF” ou a expressão “Imposto sobre Operações Financeiras”, estar-se-á tratando sobre o Imposto que possui o seguinte critério material: imposto sobre operação de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. A utilização das expressões hodiernas se justifica em razão da ampla aceitação da maioria da doutrina e das decisões judiciais.

Os fatos imponíveis definidos em lei, a seu turno, não podem ser diversos das materialidades constitucionalmente estabelecidas, assim como devem ser refletidos pela base de cálculo eleita para sua incidência, o que é verificado no consequente da regra-matriz de incidência tributária. (CARVALHO, 2011, p. 723-725).

Assim, a base de cálculo, um dos elementos do critério quantitativo, é o próprio valor da operação, sobre o qual incide a alíquota (segundo elemento do critério quantitativo) determinada pela lei de regência. O sujeito ativo e o sujeito passivo, elementos do critério pessoal do tributo são, respectivamente, a Fazenda nacional e os tomadores de crédito, compradores de câmbio, segurados ou adquirentes de título ou valores mobiliários. (CARVALHO, 2011, p. 723-725).

Como visto, o IOF é tributo que incide diretamente sobre operações ligadas aos setores financeiro e econômico, possuindo grande potencial de indução do comportamento dos agentes econômicos, p. ex., fomentando ou desestimulando a tomada de crédito, o que impacta diretamente nos níveis de crescimento da economia. Exatamente em razão disso, pode ser utilizado como instrumento pelo Poder Público para, por exemplo, determinar a política cambiária ou influir na tomada e concessão de empréstimos.

Para tanto, é facultada, até mesmo, a alteração de suas alíquotas mediante ato do Poder Executivo, respeitando-se os limites estabelecidos pela lei. Carvalho (2011, p. 722) afirma, assim, que o tributo possui “(...) características predominantemente extrafiscais, já que se presta como instrumento de política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores”.

Concordamos com Mendes (no prelo) no ponto em que afirma que a competência tributária vincula-se com a própria competência legislativa e administrativa dos entes federativos. Assim, como é reservada à União legislar sobre crédito, câmbio, seguro e transferência de valores (art. 22, VII, da CF/88), é dela também a competência tributária para influir nas decisões relevantes sobre os temas.

Seguindo esta linha de raciocínio e com base em todas as premissas anteriormente suscitadas, é possível cogitar que a majoração de alíquotas do IOF, no interregno em que deixou de ter vigência a CPMF, desvirtuou a finalidade principal do tributo, incorrendo em inconstitucionalidade.

Diante disso, passe-se à análise detida da fundamentação colacionada no Ag.R no RE nº 800.282, decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime.

5.4.3 Fundamentos da decisão

O acórdão proferido no Ag.R no RE nº 800.282 teve como voto vencedor o próprio voto do Ministro Relator, que foi seguido em sua totalidade pela unanimidade da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, estando ausente o Ministro Dias Toffoli. Isto é, a fundamentação da decisão foi exatamente aquela exarada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em sua decisão monocrática que deu origem ao recurso.

Como dito acima, o Ministro em seu voto reforçou dois fundamentos principais para a negativa de provimento ao Agravo Regimental, exatamente aqueles que justificaram a decisão monocrática de negar seguimento ao recurso. Além disso, trouxe mais quatro argumentos, exibidos em quatro itens de sua decisão.

Na decisão monocrática, o Ministro Relator sustentou que:

Não se pode afirmar, concretamente, que os recursos provenientes da majoração de IOF efetivamente foram destinados para os mesmos fins da CPMF. Não há qualquer evidência disso no plano normativo. Essa afirmação é meramente presumível, mas não comprovada na esfera orçamentária. Ademais, nada obsta que perdas de arrecadação sejam supridas por majorações de encargos outros. Sobretudo se a compensação ocorre mediante o agravamento de impostos, cuja arrecadação é não vinculada. Isso porque a receita de impostos formam caixa para toda e qualquer despesa universal, não havendo que se presumir que o recurso acrescido venha necessariamente repor a perda do tributo vinculado.

Tomando como base referida argumentação, é possível afirmar que o não provimento do recurso, com o entendimento da constitucionalidade da majoração do IOF no período de ineficácia da cobrança da CPMF, fundou-se principalmente no fato de que não houve comprovação de que um imposto serviu para cobrir a perda na arrecadação pela ineficácia de uma contribuição. Além disso, a possível vinculação das receitas oriundas da majoração não

alteraria, por si só, a natureza jurídica do imposto transformando-o em contribuição, o que levaria à inconstitucionalidade.

No mais, mesmo que houvesse, segundo o Ministro, isto não afetaria a natureza jurídica do tributo, mantendo a sua integralidade constitucional. Isso porque, de acordo com seu pensamento, nada obsta a que um tributo seja utilizado com a finalidade de suprir a arrecadação de outro, mesmo que sejam de naturezas diferentes.

Na fundamentação do Agravo Regimental, recurso que levou o julgamento do feito ao órgão colegiado, o Ministro reforçou o argumento da possibilidade de substituição na arrecadação nos seguintes termos:

Por fim, ressalte-se não haver óbice a que se pretenda, na busca pelo incremento da arrecadação, compensar a perda relativa à extinção de um tributo por intermédio da majoração de outras exações. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal preconiza que as renúncias de receita podem ser acompanhadas de medidas de compensação, entre as quais o aumento de encargos tributários. Verifico, portanto, que não há qualquer inconsistência no mecanismo de reposição utilizado pelo governo.

Entretanto, não foi objeto de análise no julgamento do Recurso Extraordinário exatamente a matéria que poderia ter levado ao entendimento da inconstitucionalidade da majoração de alíquotas do IOF nos termos como foi realizada, qual seja a violação à previsão de extrafiscalidade. É cediço que a decisão não pode extrapolar os limites fixados pelos pedidos das partes, mas os julgadores não estão limitados a, julgando os pedidos, levantarem fundamentação diferente da que foi suscitada, principalmente quando se leva em conta os argumentos legitimadores das normas jurídicas constitucionais.

Ocorre que, como dito acima, o IOF possui função predominante extrafiscal, funcionando como instrumento do Poder Público para regulamentação das matérias vinculadas aos fatos impositivos. Este argumento, portanto, justifica a legitimidade da norma posta no sistema jurídico. Nos itens anteriores deste estudo analisou-se exatamente o fato de que esta função deve ser levada em consideração não somente no momento de aplicação das normas relativas ao tributo, mas também na edição dessas normas.

Conforme se vê da previsão do art. 6º, da Portaria MF 348/98, a majoração das alíquotas do IOF somente seria vigente enquanto não fosse restituída a cobrança da CPMF, o que foi feito por posterior Emenda Constitucional. Ainda, a majoração da alíquota ocorreu exatamente no percentual em que seria reinstituída a contribuição, isto é, 0,38%. E esta conclusão não depende de um devaneio criativo do intérprete. É, praticamente, o que se chama de interpretação literal.

Mesmo que não seja possível a comprovação que o produto da arrecadação relativo à majoração da alíquota do IOF no tempo em que não se restituía a cobrança da CPMF, o dispositivo deixa claro que a majoração somente ocorreu em razão da perda de eficácia da contribuição e a consequente perda de arrecadação.

No mais, diante das premissas fixadas, não é possível admitir o argumento de que um tributo pode ser livremente utilizado com a finalidade de substituir a perda de arrecadação com outro tributo, mesmo que de natureza diversa. Esse argumento deve ser considerado sob o prisma da função do tributo objeto da análise. Ou seja, se ambos os tributos envolvidos fossem tributos com caráter eminentemente fiscal, de pouco ou praticamente nenhum objetivo extrafiscal, a substituição poderia ser possível, pois a alteração em nada induziria o comportamento dos indivíduos no cenário econômico.

Contudo, no caso em análise, a CPMF, apesar de possuir um potencial indutor relevante diante de sua hipótese de incidência, era um tributo utilizado com fins declaradamente arrecadatório e com receita vinculada ao custeio da saúde. Já o IOF é tributo de caráter eminentemente extrafiscal, utilizado para indução do comportamento dos agentes envolvidos nas operações de crédito, câmbio, seguro e relativa a títulos ou valores mobiliários. Estes argumentos, mesmo não expressos nas prescrições textuais, dão sustentação à pretensão de validade das normas jurídicas, conforme se viu do estudo da teoria habermasiana.

A instituição do IOF, assim, não tem intuito primeiro de levar dinheiro aos cofres estatais, o que se pode perceber da pequena alíquota fixada em lei em cotejo com o restrito âmbito de incidência que atinge apenas situações bem específicas e pontuais (em comparação com a atividade econômica como um todo). As operações por ele abrangidas não são tão comuns quanto, p. ex., a hipótese *auferir renda*.

Ressalta-se que não houve qualquer indicação de modificação na situação econômica que justificasse uma intervenção por meio do IOF. A interpretação dos dispositivos legais leva à conclusão de que a intenção foi mesmo suprir o déficit arrecadatório oriundo da perda de eficácia da legislação que regulamentava a CPMF. Assim, a desvirtuação argumentativa da normatização, mesmo que não expressamente revelada por aqueles que faziam as vezes do legislador político, atinge as pretensões de validade das normas jurídicas positivadas, de maneira que a tensão entre facticidade e validade nesta situação não encontra solução por expressa violação desta última.

Nesse caso, então, a tributação foi utilizada em franca violação à função extrafiscal do tributo em questão, argumento legitimador da instituição normativa com base em uma

teoria discursiva procedimental da democracia, gerando uma intervenção indevida do Estado no âmbito econômico, com indução desproporcional e injustificada no sistema econômico por meio do sistema jurídico.

É possível perceber, portanto, que no momento da prolação da decisão, o feixe argumentativo da normatização sob análise judicial de constitucionalidade não foi retomado de forma a analisar toda a pretensão de validade do sistema jurídico. Nos termos da teoria analisada por este estudo, a aplicação das normas jurídicas, mormente quando realizadas em sede de controle de constitucionalidade, como visto no capítulo anterior, devem retomar a discursividade legitimadora das decisões políticas de normatização, tudo isto com base nos argumentos de uma constituição que visa a harmonização do nexu interno entre autonomia privada e pública.

Isto é, na vigência de um Estado Democrático de Direito estruturado normativamente como o Estado brasileiro, as pretensões de validade das normas jurídicas estão insculpidas inicialmente no ordenamento constitucional. Nos termos da teoria habermasiana, mais especificamente no procedimento de normatização fundado na teoria discursiva da democracia. Diante disso, as normas constitucionais e, principalmente, o discurso que as legitima devem ser levados em consideração tanto no momento da normatização, a fim de aferir a legitimidade das normas positivadas, quanto no momento da aplicação, com a finalidade de aferir a racionalidade da decisão judicial.

Entretanto, os fundamentos da decisão analisada não conseguiram retomar todo o feixe argumentativo que envolve a normatização do IOF, mais especificamente no que concerne à sua função extrafiscal de induzir comportamentos no sistema econômico de acordo com a situação verificada em cada momento. Assim, as normas constitucionais não foram devidamente levadas em consideração no momento da aplicação do ordenamento jurídico, o que implica afirmar, com base na teoria habermasiana, que a decisão não está revestida da racionalidade que se exige da atividade judicial. O trecho abaixo traduz o que se afirmou:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexu interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata de imposição procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. (HABERMAS, 2003, p. 346, a).

A situação analisada guarda uma particularidade que impõe um agravante. A edição da norma que majorou a alíquota do IOF, sem o correspondente procedimento discursivo

exigido pelo ordenamento jurídico, foi de responsabilidade do Poder Executivo. A excepcionalidade da majoração de alíquotas de tributos por este poder está estritamente relacionada com a extrafiscalidade. Ou seja, é a função extrafiscal que a justifica, pois quando se está diante de um fato que exige a indução de comportamentos em determinado sentido, o tempo do processo legislativo comum torna-se demasiado longo. Em razão disso, faculta-se ao Poder Executivo tomar medidas com a finalidade de corrigir os rumos empiricamente verificados de uma forma mais ágil.

Schoueri, ao falar sobre o tema, assim escreve:

(...) o próprio constituinte, enxergando as limitações, decorrentes do princípio da legalidade, ao emprego de normas tributárias indutoras, houve por bem inserir, no texto constitucional, mitigação daquele princípio, ao admitir que o Executivo, dentro dos limites previstos pela lei, fixasse as alíquotas dos impostos aduaneiros, do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros, Títulos e Valores Mobiliários (IOF). (SCHOUERI, 2005, p. 261).

Entretanto, o exercício excepcional da função legislativa pelo Poder Executivo não justifica o abandono da tensão entre facticidade e validade verificada nos modernos ordenamentos jurídicos. Isto é, a pretensão de legitimidade das normas jurídicas inseridas no sistema deve se manter em todas as situações.

Quando, no momento da normatização, as autoridades não conseguem justificar, pelo procedimento adequado, a necessidade de majoração da alíquota do IOF em razão de uma situação econômica verificada no plano fático que exige a atuação imediata por meio de uma norma tributária indutora de comportamentos, a legitimidade da normatização fica prejudicada. E o mesmo ocorre com a racionalidade da decisão que não consegue retomar o feixe argumentativo da extrafiscalidade.

Ainda no sentido de que somente a função extrafiscal justifica a mitigação do exercício da competência legislativa pelo Poder Legislativo, Schoueri (2005, p. 262) afirma o Executivo não pode se valer da exceção para ampliar seus recursos.

Embora sua justificativa para esta afirmação seja realizada em um plano teórico completamente diverso do que traçou até aqui, visto que sua observação é feita exclusivamente com base no princípio da legalidade, a conclusão a que chega é a mesma:

(...) a identificação de tal mitigação no princípio da legalidade insere-se no ordenamento exclusivamente em função das normas tributárias indutoras, não parecendo cabível possa o Executivo, diante da mera situação de falta de caixa, valer-se do permissivo constitucional para ampliar seus recursos financeiros, sem prévio exame do Poder Legislativo. Sustenta-se tal afirmação na ideia de que se

deve buscar, no Ordenamento, um sistema, senão unitário, pelo menos coeso, tendendo, daí, à coerência. (SCHOUERI, 2005, p. 262).

Enxergando, também, a função extrafiscal como determinante de uma interpretação teleológica, Ataliba já afirmava em 1968, antes da vigência da nova Carta Constitucional de 1988 que “No que se respeita à interpretação da norma extrafiscal, entendemos que a única peculiaridade que oferece está no acréscimo de uma perspectiva teleológica à problemática hermenêutica de cada caso (...)” (ATALIBA, 1968, p. 156-157).

Enfrentando os argumentos expostos pelo autor sob o prisma da teoria habermasiana estudada até o presente momento, é possível afirmar que o argumento da extrafiscalidade (função da qual se reveste as normas tributárias indutoras das quais o autor fala) é a pretensão de legitimidade que justifica a majoração das alíquotas dos tributos em questão (IOF) por meio de ato exclusivo do Poder Executivo. Ampliando o entendimento, é o argumento que legitima a própria normatização e aplicação das normas que envolvem os tributos nos quais se vê, predominantemente, a função extrafiscal.

O tribunal, portanto, ao aplicar a legislação que está sob a análise de constitucionalidade, de acordo com o pensamento habermasiano, não deve perseguir os fins políticos da normatização, que são conferidos apenas ao legislador. Deve reconstruir o procedimento de argumentação legitimadora das normas positivadas, com a finalidade de justificar a racionalidade de sua decisão. Merece transcrição o pensamento de Habermas neste sentido: “Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. (HABERMAS, 2003, p. 323, a)”.

Em resumo, o que se afirma é que o argumento da extrafiscalidade, legitimador da normatização e aplicação das normas tributárias, e que se consubstancia, portanto, em pretensão de validade constitucionalmente prevista em nosso sistema jurídico, impõe a observância de uma situação fática que justifique a utilização do efeito indutor. Na visão de Schoueri (2005, p. 263), na ausência de referido fato, apenas o Legislador poderia alterar a configuração dos tributos.

Entretanto, sob os aspectos da teoria de Habermas, até mesmo o legislador estaria vinculado às pretensões de validade constitucionalmente erigidas no momento da normatização, tanto quanto o julgador no momento da aplicação, visto que são estes argumentos que conferem legitimidade às normas jurídicas e, portanto, equilibram a tensão entre facticidade e validade, amplamente explorada pela obra do autor.

5.5 Síntese da consideração do argumento da extrafiscalidade na normatização e aplicação das normas tributárias

Das premissas fixadas é possível concluir que a função extrafiscal, sob a perspectiva de uma teoria procedimental da democracia, não pode ser considerada como elemento secundário da tributação, um mero efeito prático que não influencia na legitimidade das normas. Sob o enfoque da teoria discursiva, a extrafiscalidade passa ao nível de argumento legitimador da normatização e que deve, por consequência, ser retomado no momento da aplicação das normas jurídicas pela atividade judicial. Caso contrário, a racionalidade da decisão jurisdicional, principalmente aquele que avalia o afastamento de determinada norma do sistema em razão do vício da inconstitucionalidade.

Isso porque, se eleva à condição de fundamento legitimador da atuação do Poder Público quando este pretende a intervenção indutora de determinado comportamento na sociedade por meio das normas tributárias, seja para corrigir distorções verificadas na realidade fática, seja para alcançar os objetivos socialmente estabelecidos por meio da ação comunicativa institucionalmente verificada.

Em resumo, a sua consideração no momento da aplicação das normas tributárias é imperiosa em razão da necessidade de reconstrução, pela atividade judicial, dos argumentos legitimadores das normas jurídicas. Principalmente quando se está diante da possibilidade de que o Poder Judiciário afaste uma regra positivada no sistema e que se encontra em contrariedade com o restante do ordenamento. Somente assim sua decisão será racional, sem violar as premissas funcionais estabelecidas para cada poder no âmbito de um Estado Democrático.

Quando, no momento da normatização, o legislador político não observa a coerência sistêmica e argumentativa fica sujeito ao controle por meio da atividade judicial. A formação de vontade do legislador está, portanto, vinculada às pretensões de validade do sistema como um todo e à teoria discursiva da democracia, que encontra seu limitador no próprio direito, no mesmo passo em que lhe confere legitimidade.

A situação se torna ainda mais aguda quando se está diante da possibilidade de o Poder Executivo inserir normas no sistema tributário, em procedimento excepcional estabelecido pelo próprio ordenamento. Neste caso, a observância aos argumentos elevados à pretensão de legitimidade das normas jurídicas é ainda mais vinculante, posto que, no formato de um Estado Democrático, segundo a teoria habermasiana, cabe apenas o poder legislativo

institucionalizar a vontade fundada no agir comunicativo, inovando naquilo que estava inicialmente estabelecido.

Nesse passo, quando uma norma jurídica é inserida no sistema e altera a sistemática de tributo cuja pretensão de legitimidade se liga à extrafiscalidade, sem a correspondente justificativa no sentido de que é necessária a utilização da norma para induzir o comportamento social em determinado sentido, ela deve ser afastada do sistema pela atividade judicial. É exatamente o que ocorre no caso analisado, em que as alíquotas do IOF, tributo cuja validade se liga primordialmente à sua função extrafiscal, foram majoradas sem que houvesse a demonstração de que o aumento era necessário como forma de indução em determinado sentido. O simples aumento da arrecadação não é argumento suficiente para conferir validade à norma, mesmo que não esteja explicitado no momento da normatização.

Assim, o IOF utilizado com esta finalidade deve ser considerado como inconstitucional por não observar as pretensões de validade constitucionalmente erigidas por meio da consideração da extrafiscalidade. A decisão prolatada no Ag.R no RE 800.282, seguindo a linha da teoria analisada neste estudo, não conseguiu de maneira satisfatória reconstruir os argumentos da normatização da função extrafiscal, não atingindo a racionalidade esperada pela teoria discursiva.

6 CONCLUSÃO

Tomando como base todo o aparato teórico até aqui exposto, bem como a sua utilização para a análise de uma decisão judicial proferida em sede de controle de constitucionalidade em matéria tributária, envolvendo um ponto marcante deste ramo do direito, é possível apresentar algumas conclusões sobre o problema que orientou este estudo.

A sociedade moderna desmitificada não encontra mais o fundamento de suas ações em normas incontestáveis, oriundas de fontes teológicas ou metafísicas. A principal característica da modernidade, portanto, é a busca por critérios racionais de legitimação, mormente quando se está diante de normas jurídicas que impõem determinados comportamentos sociais. Nesse cenário, a coerção das normas jurídicas, portanto, não pode estar desacompanhada da verificação de sua validade.

A teoria analisada até o presente momento oferece uma alternativa capaz de superar esta tensão, a que o autor denomina de tensão entre facticidade e validade. Por meio de uma teoria do discurso visa-se garantir a participação dos atores sociais no processo de normatização e aplicação das normas jurídicas, com base na estrutura de um agir comunicativo, voltado ao entendimento, que supera o agir estratégico, voltado exclusivamente a uma finalidade individual.

Em razão do fato de que em uma sociedade complexa e plural, como a sociedade moderna, o risco de dissenso e a própria possibilidade de os atores sociais buscarem apenas os fins que pretendem é muito grande, é preciso um médium capaz de limitar este risco. Como visto, para o autor, esta tarefa cabe ao direito. Mas não qualquer direito, apenas aquele produzido de forma legítima com base em um processo democrático. A obediência às normas jurídicas para o autor deriva mais de sua validade do que de sua coercitividade.

Portanto, o direito legitimamente posto é que garante a não prevalência de discursos fundados exclusivamente no agir estratégico, possibilitando a ampla participação dos atores envolvidos por meio de um processo que assegura, constitucionalmente, as garantias de um contraditório efetivo (que traduz o pensamento habermasiano do discurso).

Diante disso, a legitimidade das normas jurídicas é verificada pela conformação da sua normatização aos princípios de uma teoria procedimental da democracia estabelecida por meio de uma teoria do discurso.

A legitimidade em Habermas, portanto, não se verifica tão somente pela conformação ao procedimento de criação das normas jurídicas estabelecidos pelas normas de

superior hierarquia (validade formal). Da mesma forma, não basta uma simples conformação ao conteúdo das normas superiores, verificadas por meio de uma análise de não contrariedade. É preciso que as condições argumentativas discursivas sejam verificadas no momento da normatização, fazendo com que tais argumentos sejam levados à condição de pretensão de validade.

Este Estado de Direito democrático, que garante a participação dos atores sociais no processo político de formação da vontade normativa, é regido por uma constituição que garante a interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexó interno entre autonomia privada e pública.

É a constituição o fundamento no qual se encontram, dentro do sistema jurídico (entendido como um conjunto de normas positivadas), as condições para a verificação da legitimidade do processo de normatização e das próprias normas que compõe o sistema.

A observação destes critérios de racionalidade e legitimação, características marcantes das sociedades modernas, não é exigida apenas neste processo de formação das normas jurídicas. A sua aplicação, que se dá primordialmente através da atividade judicial, também deve estar revestida por critérios de racionalidade que preservam a obediência às decisões prolatadas.

Do mesmo modo que a normatização busca sua legitimação em critérios argumentativos procedimentalizados e fundados na teoria do discurso, as decisões judiciais também devem fazê-lo. E o fazem com base na própria legitimidade das normas jurídicas. Diante disso, quando as decisões judiciais não observam a lógica argumentativa das normas legítimas do sistema jurídico (não retomando o feixe argumentativo do processo legislativo), deixando prevalecer discursos dominados pelo agir estratégico, violam-se as bases passíveis de entendimento e a racionalidade da aplicação das normas jurídicas fica prejudicada.

Nos termos da teoria do discurso e da teoria do agir comunicativo, ocorre, nesses casos, um verdadeiro déficit de legitimidade no processo de aplicação do direito, verificado quando as linguagens dos subsistemas dinheiro e poder administrativo, que são, primordialmente, comandadas pelo agir estratégico, superam a linguagem do agir comunicativo, gerando falhas no discurso voltado ao entendimento. A orientação da positivação de normas se volta a finalidades que não aquelas inicialmente previstas pelas normas legitimamente positivadas.

Em resumo, é racional a decisão judicial que consegue retomar o feixe argumentativo legitimador da normatização, seja para a aplicação de determinada norma, seja para seu afastamento em razão da inconformidade com os argumentos constitucionalizados.

Isto não quer dizer, contudo, que o Poder Judiciário, no momento da aplicação do direito, não possa se utilizar de argumentos que não estão positivados pelo ordenamento. Nem mesmo implica dizer que à atividade judicial não é conferido o poder de afastar a aplicação de determinadas normas. Com base nos mesmos fundamentos, quando verificar a ausência de legitimidade no processo de normatização deverá afastar a norma e a racionalidade da decisão será encontrada neste ponto.

Assim, a configuração da teoria habermasiana permite, até mesmo, o controle argumentativo das decisões do legislador político no momento da criação das normas. Ou seja, quando verificar que o processo discursivo de formação da vontade das normas foi dominado pela ação estratégica, confere-se à atividade judicial a possibilidade de retirada da norma do sistema por meio do controle de constitucionalidade.

As próprias pretensões de validade das normas jurídicas podem ser contestadas também no momento da normatização e não só no momento de aplicação das normas.

Diante disso, a aplicação deste aparato teórico ao ramo do direito tributário, com a finalidade de observar o procedimento de normatização e aplicação das normas que o compõe, é capaz de evitar a formação da vontade tributária com base em critérios finalísticos diversos dos que os discursos legitimadores das normas válidas impõe. Isto é, é capaz de promover o controle de constitucionalidade das normas tributárias quando o discurso fundado em um agir estratégico predominar no momento da normatização, mesmo que haja, inicialmente, conformação formal e nenhum impedimento material nas normas de hierarquia superior do ordenamento jurídico.

Da mesma forma, são passíveis de controle as decisões judiciais que determinam a aplicação das normas tributárias em determinado sentido, sem que haja a correspondente racionalidade exigida para as decisões.

A título exemplificativo, a teoria analisada poderia justificar a não aplicação de uma norma tributária posta no sistema, mesmo que tenha observado o procedimento formal de positivação e não haja inconformidade material imediata com normas de hierarquia superior, quando os argumentos exarados no momento da normatização, isto é, no momento da formação da vontade política, estiverem dominados pelo agir estratégico.

É exatamente o que ocorre com a norma analisada no quarto capítulo deste estudo e que teve sua constitucionalidade arguida perante o Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Os argumentos que formaram a vontade da sua positivação se basearam na finalidade de suprir a arrecadação de outro tributo que estava com a eficácia suspensa diante do decurso do prazo de validade da norma que o previa. Ressalta-se

que o tributo utilizado para suprir a arrecadação tem como característica principal a indução de determinado comportamento em razão de certa situação fática. E no momento da sua previsão não houve qualquer argumento que pudesse justificar a sua utilização neste sentido.

Mesmo que referidos argumentos não estejam expressos no momento da normatização, o seu controle é possível, garantindo a legitimidade do processo de formação da vontade legislativa.

Da mesma forma, a teoria procedimental da democracia é capaz de considerar irracional uma decisão judicial quando os fundamentos que a sustentam se ligam a argumentos de caráter finalístico diversos dos pretendidos por aqueles estabelecidos pelas normas jurídicas, de forma a não retomar o feixe argumentativo do processo de formação da vontade normativa, ou quando, para afastar a aplicação de uma norma, não justifica a sua inconformidade com a coerência do sistema jurídico, corolário de sua validade.

A escolha das normas relativas ao Direito Tributário não é aleatória ou simples fruto do acaso. Alguns pontos justificam a escolha: as normas de direito tributário e as alterações que nelas se inserem possuem uma capacidade muito grande de influenciar diretamente o comportamento dos indivíduos e pessoas jurídicas em sociedade, seja nas relações mantidas entre particulares, seja na relação mantida entre eles e o Poder Público. Além disso, como a principal função de tais regras é a obtenção de divisas para o Estado, a possibilidade de sua utilização de forma estratégica, gerando arrecadação em desconformidade com a coerência do sistema e com a finalidade de subverter esse sistema é muito grande.

Isto é, a linguagem do poder administrativo ou do dinheiro são muito evidentes no direito tributário, atuando de forma conjunta. A possibilidade de que o agir estratégico prevaleça sobre o agir comunicativo neste ramo do direito é muito maior. Por isso, a sua utilização é emblemática para averiguar a possibilidade de aplicação da teoria habermasiana ao sistema jurídico concretamente analisado como forma de controlar as instituição e aplicação de normas contrárias aos interesses sociais.

Assim, as escolhas políticas feitas pelo legislador no momento da normatização (formação da vontade normativa) revelam a face que se esconde por trás de uma pretensa neutralidade do sistema tributário. As normas de direito tributário não são neutras e as escolhas que levam à sua instituição e aplicação também não o são. E, por isso, em uma sociedade democrática essas escolhas devem ser passíveis de controle. Um controle voltado às escolhas feitas pela carta política regente do sistema jurídico, qual seja a Constituição.

A coercitividade das normas relativas a tributação deve estar, assim, acompanhada da verificação de sua legitimidade. É a revelação da tensão estabelecida por Habermas entre facticidade e validade.

Isso não quer dizer que as próprias escolhas e as pretensões de legitimidade do discurso constitucional não podem e não devem ser questionadas. A circularidade do processo de normatização, de legitimação da política pelo direito e da legitimação do direito pelo discurso jurídico, possibilita a sua revisão no âmbito da teoria habermasiana.

Em resumo, as normas tributárias impactam diretamente a atividade dos indivíduos em sociedade, podendo direcionar, por exemplo, a ação dos indivíduos à poupança ou ao consumo, mesmo que de forma não consciente. Por isso a verificação da legitimidade de seu processo de criação e a da racionalidade da sua aplicação é decisiva em uma sociedade na qual os indivíduos pretendem uma regulação por regras em cuja produção participem como atores e não somente como destinatários, como em uma sociedade democrática. O aparato teórico fornecido por Habermas é instrumento que possibilita o controle do processo democrático de instituição e aplicação destas normas que influenciam decisivamente as relações sociais públicas e privadas.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional na visão de Habermas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBC**. Belo Horizonte, ano 8, n. 28, p. 213-221, jan./abr. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad.: Zila Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMENDOLA, Antônio Carlos de Almeida. **Participação do contribuinte na regulamentação tributária**. Porto Alegre: Magister, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Limites Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DA SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **Moralidade e Jurisdição**: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. 2006. 337 páginas. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. 2006.

DE SOUSA, Rubens Gomes, et. al. **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad.: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**: doze lições. Tradução: Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. a

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. b

KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion SOARES. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e social e participação pública no Brasil. **IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración, Pública**. Madrid, España, 2-5, Nov. 2004.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v. 2. , 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. **Justiça, moral e linguagem em Rawls e Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MCCARTHY, Thomas. **The critical theory of Jürgen Habermas**. Cambridge: The Mitt Press, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público VIII**: assuntos administrativos em geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984,

MENDES, Guilherme Adolfo. **Regime Constitucional da Extrafiscalidade**. No prelo.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – conceitos fundamentais. *In* DE SANTI, Eurico Diniz; CANADO, Vanessa Rahal (Coords.). **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiros e de Capitais**. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101-175.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Jurisdição constitucional**: limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REPA, Luiz Sérgio. A tensão entre facticidade e validade. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Quando as Medidas Provisórias se transformam em Decretos-Lei ou notas sobre a reserva legal tributária no Brasil. *In* TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214-236.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Normas Tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. *in* **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-53.

TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. *In* PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford: Hart, 2005. p. 49-65.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

VITALE, Denise; MELO, Rúlion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

WERLE, Denílson L.; SOARES, Mauro V. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. Org. Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

WHITE, Stephen K. **Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas**. Trad.: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.