

# ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DA DECISÃO QUE PODE EXTINGUIR MILHARES DE EXECUÇÕES FISCAIS

Filipe Lôbo Gomes<sup>1</sup>

Lean Antônio Ferreira de Araújo<sup>2</sup>

Natalie Cristyne de Santana Barbosa Farias<sup>3</sup>

Resumo: A argumentação jurídica é empregada na parte final do processo de tomada de decisão, sendo essencial para sua justificação. Com as alterações ocorridas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a análise das consequências nas decisões passou a ser obrigatória. Com isso, a argumentação com análise das consequências visa a empregar as prováveis consequências lógicas e universais de uma decisão, como forma de justificá-la. Diante desse panorama, o presente artigo terá como corte epistemológico a análise dos argumentos consequencialistas no Direito Tributário, mostrando o entendimento de alguns dos principais nomes no assunto, seguido por estudo prático do Recurso Especial nº 1340553-RS, o qual estabeleceu cinco novas teses sobre o termo inicial da prescrição intercorrente e tem o poder de extinguir milhares de processos executivos fiscais.

---

<sup>1</sup> Doutor em Estado, regulação e tributação indutora pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas e do CESMAC.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas, Professor de Direito do Centro Universitário CESMAC.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Palavras-chave: Argumentação; Consequencialismo; Tributário; Prescrição; LINDB.

## CONSEQUENTIALIST ARGUMENTATION IN TAX LAW: A CONSEQUENTIALIST ANALYSIS OF THE DECISION THAT HAS THE AUTHORITY TO EXTINGUISH THOU- SANDS OF TAX ENFORCEMENT PROCEEDINGS

**Abstract:** The legal argumentation is used in the final part of the decision-making process, being essential for its justification. In the face of the changes in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, the analysis of the consequences in decisions has become mandatory. With this, the argument with consequences analysis aims to employ the probable logical and universal consequences of a decision, as a way to justify it. Against this background, the present article will have as an epistemological cut the analysis of the consequentialist arguments in Tax Law, showing the understanding of some of the main names in the subject, followed by a practical study of Special Appeal No. 1340553-RS, which established five new theses on the initial term of the intercurrent prescription and has the power to extinguish thousands of tax executive proceedings.

**Keywords:** Argumentation; Consequentialism; Tax; Statute of limitations; LINDB.

### 1. INTRODUÇÃO



em um Estado Democrático de Direito, é essencial que as decisões proferidas sejam devidamente fundamentadas e que tenham publicidade, principalmente quando emitidas por órgãos públicos, pois sua legitimidade é necessária para o

fortalecimento da democracia.

Durante o processo de tomada de decisão, o julgador deverá interpretar os fatos jurídicos e a norma incidente, fazendo uso da argumentação jurídica para fundamentar sua decisão. A argumentação é essencial, porém, é pouco estudada nas faculdades de direito, mesmo fazendo parte da decisão do juiz, bem como do labor diário dos demais operadores do direito.

Nesse processo de justificação, os argumentos consequencialistas ganharam destaque com a alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que passou a exigir que decisões administrativas, controladoras ou judiciais levem em consideração suas consequências práticas, e mais, quando uma dessas decisões invalidar “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”.<sup>4</sup>

A argumentação jurídica foi objeto de pesquisa de diversos jusfilósofos, como Theodor Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy, Atienza e MacCormick,<sup>5</sup> entretanto, o presente estudo terá como enfoque apenas os argumentos consequencialistas, sendo abordada a classificação crítica de Luís Fernando Shuartz, por trazer uma análise dos argumentos consequencialistas utilizados por diversos operadores do direito; e, em seguida, na Teoria da Argumentação de Neil MacCormick, que aborda com bastante propriedade o consequencialismo das decisões judiciais.

Trazendo essa temática para o direito tributário, as decisões judiciais costumam gerar consequências jurídicas e sociais com impacto em toda a sociedade, visto que a função primordial

---

<sup>4</sup> Brasil. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>5</sup> Sobre o tema Manuel Atienza, em seu livro: *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, traz de forma resumida e crítica o pensamento de cada um desses autores sobre a argumentação jurídica.

do direito tributário é a de arrecadar tributos para implementação de políticas públicas que garantem os direitos sociais e individuais.

Por fim, será feita uma análise dos argumentos consequencialistas levantados no recente julgamento do Recurso Especial nº 1.340.553/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), processado na sistemática de recurso repetitivo, pois somente no Superior Tribunal de Justiça foram sobrestados 30 mil processos, sendo que as teses por ele fixadas, que versam sobre prescrição intercorrente, poderão ter impacto em mais de 20 milhões de processos executivos fiscais, segundo informações do próprio julgado.

## 2. OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO

A argumentação é usada muitas vezes de forma imperceptível, em uma conversa, discursões políticas ou de futebol, os argumentos são empregados de forma instintiva para justificar uma decisão ou um ponto de vista.

Nesse sentido, o argumento pode ser definido como “uma formulação linguística que busca iluminar uma tese ou asserção. Argumentar, portanto, não é afirmar simplesmente algo, mas apoiar uma tese com fundamentos ou justificações”.<sup>6</sup>

Por sua vez, a argumentação jurídica seria o meio de defender uma tese com fundamentos ou justificações jurídicas, seja em um peticionamento ou em uma decisão.

Conforme as lições de Manoel Atienza, três são os campos jurídicos em que argumentação é aplicada. O primeiro é o campo da produção e estabelecimento de normas jurídicas (dividindo em fase pré-legislativa e legislativa), seria a dimensão

---

<sup>6</sup> CHRISTOPOULOS, Basile Geoges C. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 339 p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2014, p.21.

axiológica do direito, a fase essencialmente política. O segundo, no âmbito da aplicação da norma jurídica a casos concretos, seja por juízes, advogados, promotores ou até mesmo pelo cidadão comum. Por fim, o terceiro campo seria o da dogmática jurídica, ou seja, aplicação de argumentos jurídicos em estudos de casos abstratos.<sup>7</sup>

O processo de tomada de decisão inicia-se com a coleta de informações; em seguida, as fases de valoração e sopesamento dessas informações; o quarto passo é o julgamento interno; seguido por uma “impressão inicial”, que seria a solução “*a priori*” para o caso, formulada a partir de “preceitos do juiz ou do jurado, que podem provir tanto de condições circunstanciais (por exemplo, seu estado de humor no momento do julgamento) quanto de condições ligadas à sua personalidade (por exemplo, preconceitos raciais ou religiosos)”.<sup>8</sup>

Essa impressão inicial, ou primeira hipótese, passará por outros estágios no processo de decisão: será analisada a incidência normativa, interpretando a norma para uma correta aplicação, ocasião em que poderão ser aplicados os métodos cânones; e formular-se-ão argumentos que justifiquem determinada escolha.

Uma decisão jurídica precisa ser justificada, nessa justificação, não interessam os motivos intrínsecos do julgador, se ele simpatizou com o réu ou se não gostou da camisa do time de futebol do autor, o que importa para o mundo do direito são os argumentos postos na decisão, como bem leciona Andreas Krell:

A motivação da sentença do juiz, aqui entendida como cristalização da argumentação jurídica, deve mostrar que a decisão é correta, mas não serve para provar que o julgador a tomou em virtude de motivações corretas, que podem ser pessoais, corporativas, políticas, religiosas etc. Valem somente as razões pronunciadas, não as internas: a sentença baseada em argumentos

---

<sup>7</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 18.

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 21.

fracos não se torna melhor em razão dos motivos nobres do juiz. Igualmente, a decisão convincentemente arrazoada não perde vigor por ser fruto da atitude política ou religiosa do julgador.<sup>9</sup>

As crenças ou preconceitos do julgador que o levam a tomar determinada decisão são suas “razões explicativas”, em nada interessam para o mundo jurídico, importando apenas as “razões justificadoras”<sup>10</sup>, ou seja, aquelas que ele expõe em sua decisão como resultado de um processo argumentativo de fundamentação.

A fundamentação é parte essencial de uma tomada de decisão em um Estado Democrático de Direito, um julgador, ao proferir uma sentença, deverá expor os motivos que o levaram a decidir entre o caminho A ou B, conforme dispõe o §2º, do artigo 489, do Código de Processo Civil (CPC): “ No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.<sup>11</sup>

Justificar uma decisão é mostrar que ela é correta, sob qualquer prisma objetivo da matéria, a decisão deveria ter sido ou deve ser a adotada, considerando as características e circunstâncias dos fatos em análise.<sup>12</sup>

Essa necessidade de justificação das decisões judiciais, segundo Tathiane Piscitelli, está relacionada à teoria da argumentação jurídica:

---

<sup>9</sup> KRELL, Andreas Joachim. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 10, nº 1, 2014, p. 315.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 20.

<sup>11</sup> Brasil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

<sup>12</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 129.

[...] já que os juízes justificam a escolha de soluções rivais diante da apresentação de argumentos (razões) cujo objetivo é demonstrar que aquela decisão é a correta. Não se trata, pois, de questionar a validade da decisão, mas apenas verificar, normativamente, se se está diante de uma boa ou má decisão.<sup>13</sup>

A justificação das decisões judiciais, conforme preconiza no citado §2º, do artigo 487, do Código de Processo Civil, pressupõe os seguintes passos:

[...] identificada a norma geral e abstrata aplicável ao caso, o juiz deve justificar por que aquela solução estabelecida por essa norma está correta. Nesse “apontar da correção”, o magistrado deve apresentar as razões (universais ou universalizáveis, como adiante será detalhado) pelas quais a decisão é não é contraditória com o sistema jurídico (teste da consistência); e, de outro lado, razões segundo as quais a decisão realiza os fins e valores perpetrados pelo sistema (teste da coerência). Por fim, o teste final das consequências jurídicas aceitáveis.<sup>14</sup>

Com a nova redação dada à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o consequentialismo ganhou mais importância para o sistema jurídico brasileiro, vez que, passou a ser um dos requisitos das decisões, seja na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme dispõem os artigos 20 e 21 da referida lei:

Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Artigo. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e

<sup>13</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 11.

<sup>14</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 20-21.

administrativas.<sup>15</sup>

Com a citada inovação normativa, será necessário que o aplicador do direito aponte as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão. Nesse sentido, convém questionar: o que seria consequencialismo?

Em um conceito amplo, consequencialismo seria “a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de uma ação. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a depender também dos resultados que produz”.<sup>16</sup>

Para Manuel Atienza, é preciso distinguir resultado e consequência, o resultado “faz parte do próprio conceito de ação”, podendo ser produzidos diversos resultados, já a consequência seria o “estado da coisa”, após o resultado.<sup>17</sup>

Em estudo feito pela Universidade de Harvard, que tem como tema o “não consequencialismo, consequencialismo e o papel judicial”,<sup>18</sup> foi analisada a jurisprudência da Suprema Corte Americana, chegando-se à conclusão de que as decisões que ampliam os direitos individuais, em sua grande maioria, usam raciocínio e retórica não-consequencialistas; enquanto as decisões que restringem os direitos individuais fazem por meio do balanceamento consequencialista.

Não é qualquer consequência que é relevante para o estudo do direito, somente devendo ser expostas em uma decisão

---

<sup>15</sup> Brasil. Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>16</sup> CHRISTOPOULOS, Basile Geoges C. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 339 p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2014, p. 41.

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 133.

<sup>18</sup> Notes Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role. *Harvard Law Review*. v. 130, n. 5, pp. 436-457, mar/ 2017. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.



as consequências com implicações lógicas e universais, não levando em consideração as consequências fáticas, que seriam os possíveis resultados particulares da decisão.<sup>19</sup>

## 2.1. A CLASSIFICAÇÃO CONSEQUENCIALISTAS DE LUIS FERNANDO SHUARTZ

Shuartz, em seu texto “Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem”, tece algumas críticas a respeito do uso dos argumentos consequencialistas; e, por fim, faz uma classificação do consequencialismo jurídico.

Para o Autor, quando um “decisor” justifica sua decisão em argumentos consequencialistas, ele expõe pontos, que, se não provados cientificamente, abrem espaço para questionamentos e críticas:

Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência; e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor.<sup>20</sup>

Nesse sentido, o juiz, ao decidir com base em consequências, deverá argumentar de forma consistente, dando validade *erga omnes* e valoração devida a suas escolhas, aparando qualquer lacuna para questionamentos.

Os argumentos consequencialistas, para Shuartz, possuem uma conformação dual, composto de elementos descritivos e normativos, sendo passíveis de diversas condições de

---

<sup>19</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011, p. 24.

<sup>20</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo.<sup>21</sup>

De forma simples, o autor exemplifica que um processo de decisão pode apresentar, para o julgador, diversas soluções com consequências diferentes e todas elas válidas perante o sistema jurídico, citando a seguinte situação:

Sejam  $D_1$  e  $D_2$  duas alternativas de decisão que geram, respectivamente, as alocações econômicas  $C_1$  e  $C_2$ , e suponha-se que  $C_1$  seja mais eficiente que  $C_2$  e  $C_2$  seja mais justa do ponto de vista distributivo que  $C_1$  (para uma dada definição de justiça distributiva).<sup>22</sup>

Caso o julgador escolha a decisão que tem a consequência baseada na justiça distributiva, será racionalmente mais fácil de argumentar devido à sua validação *erga omnes*, porém, se optar por  $D_1$ , com consequências mais eficientes, pode acarretar divergências sobre a adequação de  $D_2$ , que “serão *solucionáveis* por meio de argumentos *econômicos* (assumindo-se que todos os dados e informações necessários a um desfecho conclusivo da discussão estarão disponíveis aos participantes da discussão)”.<sup>23</sup>

Os argumentos econômicos, quando lastreados apenas em conjecturas, sem estudos prévios, tornam-se argumentos frágeis, "até o ponto em que sua invocação como premissa em uma inferência jurídica torna-se estéril e decorativa, e a conclusão que nela se apoia, o exercício de imaginação com força de direito

---

<sup>21</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 133.

<sup>22</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 132.

<sup>23</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 132.

a que se fez menção acima”.<sup>24</sup>

Na classificação dos argumentos consequencialistas, criada por Luiz Fernando Schuartz, é traçado o perfil de três tipos de operadores do direito, usando termos que, à primeira vista, podem parecer pejorativos, esclarecendo que não tem a pretensão de exaurir o tema ou formar uma teoria exclusiva, de modo que busca descrever e investigar empiricamente os argumentos consequencialistas de cada perfil.

A classificação de Schuartz divide os argumentos consequencialistas em "*festivo*", "*militante*" e "*malandro*", possuindo entres ele características que os aproximam e outras que os afastam. Em comum, os três tipos são usados para solucionar casos concretos, nos quais a aplicação do direito por métodos clássicos leva o julgador a uma conclusão com resultados diversos, porém, possivelmente aplicados independente dos seus motivos.<sup>25</sup>

O primeiro tipo é o consequencialismo "*festivo*", comumente empregado por juristas e demais operadores do direito, e difundido nas graduações de direito, usa parte da doutrina norte-americana de análise econômica do direito, apossando-se de termos técnicos da economia com arma em sua defesa, desprezando métodos clássicos de interpretação, com uma postura crítica, "superficial e seletiva na escolha dos seus insumos teóricos e método lógicos".<sup>26</sup>

O segundo tipo é o consequencialismo "*militante*", é aquele que defende suas escolhas pelo "amor à causa", deixando

---

<sup>24</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 135

<sup>25</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 151.

<sup>26</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 153.

de lado as normas positivadas, aproximando-se, mesmo que sem saber, do jusnaturalismo, reverencia nominalmente a Constituição e os métodos canônicos de interpretação, porém, sem propriedade.<sup>27</sup>

A terceira e última categoria de consequencialismo é o “*malandro*”, sendo, para o autor, a forma mais sofisticada de argumentos consequencialistas, consiste na tática empregada por meio da dogmática jurídica, quando o direito positivo não oferece resposta para determinado caso concreto, ela “recorre à ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem”,<sup>28</sup> trazendo inovações para o direito.

O “*malandro*” se sobrepõe ao “*militante*” com sua argumentação bem embasada na dogmática jurídica, “com a eventual geração de subprodutos que promovam direitos e liberdades individuais, ao passo que a militância, ao não deixar pedra sobre pedra pelo bem da causa, sabota a própria função protetora do direito e dos juízes”.<sup>29</sup>

Schuartz chama atenção para a possível convergência do consequencialismo “*malandro*” para o oportunismo que “facilita a corrupção, criando, fortalecendo e consolidando, com a força e as pompas do direito, novos e antigos privilégios individuais”, advertindo, também, que esses tipos são “úteis enquanto armas na luta por liberdades individuais nos regimes autoritários, militância e malandragem têm pouco espaço nos estados

---

<sup>27</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 153.

<sup>28</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 156.

<sup>29</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, pp. 156-157.

democráticos de direito”<sup>30</sup>.

A concepção crítica exposta por Luis Fernando Schuartz sobre os argumentos consequencialistas não tira o peso de sua importância, ao identificar as falhas de forma até caricata, o autor encaminha o estudo para novas vertentes, alertando sobre problemas como a falta de lastro das hipóteses consequencialistas e o perigo da militância por parte do julgador.

## 2.2. O CONSEQUENCIALISMO DE NEIL MACCORMICK

Um importante referencial do estudo dos argumentos consequencialistas jurídicos é o jusfilósofo Neil MacCormick, escocês, com base na *Common Law*, muito influenciado por Hart e Hare, desenvolveu sua Teoria da Argumentação, contemporânea da Teoria de Robert Alexy, que em alguns pontos se aproximam e em outros divergem.

Em sua teoria, MacCormick, harmoniza a razão prática de Kant com o ceticismo de Hume, construindo uma teoria descritiva e ao mesmo tempo normativa, que engloba aspectos dedutivos e não-dedutivos, formais e materiais.<sup>31</sup>

Para ele, a argumentação jurídica tem a função essencial de justificar, ou seja, mostrar as razões que garantam a justiça conforme as normas jurídicas vigentes.

Ao proferir uma sentença, o juiz não pode justificar apenas com bases em seus “efeitos diretos e imediatos para as partes envolvidas (e é por isso que os casos difíceis produzem um mau Direito)”<sup>32</sup>, ele deve, também, expor proposições jurídicas aceitáveis que contemplem o caso e também possam ser aplicadas a

---

<sup>30</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 Mar. 2019, p. 158.

<sup>31</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 119.

<sup>32</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 137 e 138.

outros casos semelhantes, conforme os princípios da isonomia e da universalidade.

A justificação se torna mais complexa e essencial quando se tratam de decisões judiciais nos considerados casos difíceis (*hard cases*), essas decisões precisam cumprir uma série de requisitos, primeiramente, ela deverá atender ao princípio da universalidade; em seguida, deve estar consistente e coerente com o sistema; e por fim, precisa ter sentido em relação ao mundo, ou seja, é preciso analisar as consequências jurídicas da decisão para o mundo.<sup>33</sup>

Não se pode defender que decisões sejam tomadas com base em conjecturas, para MacCormick, a dificuldade está em delimitar a extensão das consequências que o juiz deve considerar e com base em que elas devem ser avaliadas.<sup>34</sup>

O mal aparelhamento do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, que têm estrutura para formar grupos de estudos e pesquisas para analisar determinados casos; além da grande estrutura de escritórios jurídicos e suas empresas contratantes, que podem produzir relatórios de estudos, defendendo unilateralmente suas teses, são fatores apontados por MacCormick, que trazem vulnerabilidade ao consequencialismo na prática processual.

O autor defende que o “direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado *status* normativo à luz da decisão que está sendo considerada”.<sup>35</sup>

Ao avaliar as consequências, MacCormick esclarece que:

---

<sup>33</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 126.

<sup>34</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 129.

<sup>35</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 147.

O que está em questão é saber se a conduta que o Direito toleraria ou permitiria é aceitável quando ou se, a partir da permissão dada pelo Direito, as pessoas se engajarem nela. O teste consiste em saber se é aceitável que o Direito estigmatize como errados ou inválidos atos que os cidadãos podem ter pensado em praticar mesmo em face de uma decisão tal como a que está sendo considerada.<sup>36</sup>

Ao tomar uma decisão, o julgador deve analisar se aquela conduta que está sendo valorada como correta ou determinada como proibida será seguida pelas partes do caso, bem como, pelos seus demais jurisdicionados, vinculando inclusive o próprio juiz. É essa consequência comportamental que deverá ser levada em consideração.

A visão do consequencialismo, exposta pelo prisma desses dois referenciais para o assunto, Schuartz e MacCormick, mostra a importância da sua abordagem nas decisões jurídicas e nas petições dos juristas, contudo, diante do corte epistemológico do presente artigo, o consequencialismo em matéria tributária será abordado, a seguir, pelas lentes de Neil MacCormick.

### 3. CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

As decisões que trazem uma nova interpretação para uma norma têm uma grande repercussão no Direito Tributário, pois as definições do que é proibido ou permitido são seguidas pelos contribuintes que normalmente são orientados por contadores ou advogados.

A questão que se coloca é a seguinte: até que ponto os argumentos consequencialistas podem ser usados em decisões que versem sobre matéria tributária?

Com visto, diversas são as consequências que podem se apresentar em um processo argumentativo de tomada de decisão, mas apenas as consequências que visem a demonstrar

---

<sup>36</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 149.

aceitabilidade ou não das consequências lógicas da decisão, introduzindo ao “ordenamento jurídico um padrão normativo de conduta universalizável”,<sup>37</sup> poderão ser ponderadas em uma decisão tributária.

Segundo o princípio da universalidade, desenvolvido por Richard Hare e incorporado à teoria de MacCormick, a consequência lógica de uma decisão é sua universalidade, essa universalização passa pela aceitação ou não das consequências da decisão, dependendo dos princípios morais que se aplicam a cada área do Direito.<sup>38</sup>

O Direito Tributário objetiva regular a relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, visando a arrecadar tributos para a implementação de políticas públicas, uma decisão que venha a repercutir diretamente na arrecadação desses tributos não pode ser baseada, apenas, no direito positivado, há a necessidade de considerar o seu impacto nas contas públicas e a sua repercussão para a sociedade.

Para Alfredo Augusto Becker, o Direito Tributário deveria focar somente “na disciplina da criação, arrecadação e fiscalização dos tributos; os contribuintes pagam tributos porque se trata de um dever jurídico e nada mais”,<sup>39</sup> indo de encontro a essa delimitação, Tathiane Piscitelli dá uma nova concepção a esse ramo do Direito, ampliando seus limites.

Para Piscitelli, o Direito Tributário é uma “prática normativa que contém dois elementos”. O primeiro elemento são as normas, que cuidam da discriminação de rendas, das competências tributárias e as “demais normas constitucionais que integram o Sistema Tributário”, sendo instrumentos para a obtenção de receitas do Estado. O segundo elemento está na realização e

---

<sup>37</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 120.

<sup>38</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 120.

<sup>39</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 130-131.



manutenção do Estado Democrático de Direito, pois o direito tributário é ao mesmo tempo, “constituído e constituidor do Estado”.<sup>40</sup>

Utilizando-se desse conceito mais abrangente do direito tributário, a autora defende o emprego de argumentos consequencialistas na justificação das decisões judiciais que versem sobre a matéria, sem serem tachados de argumentos políticos ou econômicos, desde que visem à “realização ou mitigação de um desses elementos, tendo em vista que as consequências decorrentes da universalização da decisão judicial serão argumentos consequencialistas válidos”.<sup>41</sup>

Muitos pesquisadores<sup>42</sup> já se debruçaram no estudo dos argumentos consequencialistas, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, para modulação dos efeitos em controle de constitucionalidade em matéria tributária, analisando precisamente cada argumento consequencialista dessas diversas decisões.

Uma dessas pesquisas teve o intuito de analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal, entre o período de novembro de 1999 a outubro de 2015, que versassem sobre Direito Tributário, nos quais se discutia a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento no artigo 27, da Lei 9.868/1999, oportunidade em que foram analisados trinta e um acórdãos, sendo identificados argumentos consequencialistas em vinte e cinco deles, contudo, apenas em cinco houve

---

<sup>40</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 232-233.

<sup>41</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011. p. 236.

<sup>42</sup> Sobre o tema: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011; CHRISTOPOULOS, Basile Geoges C. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 339 p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2014; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 7, 2017, pp. 818-843.

menção a “algum estudo, dado ou documento que pudesse embasar as prognoses feitas pelos ministros”.<sup>43</sup>

Através de uma análise crítica desses julgados, a referida pesquisa concluiu que:

Os dados analisados corroboram a tese de déficit epistêmico ao revelarem que (i) os ministros têm dificuldade de, a partir da consideração de casos diferentes, tratar o mesmo tipo de argumento consequencialista de forma uniforme, sendo tal fato evidenciado pelo tratamento diverso de prognoses idênticas a depender do caso submetido à análise do Tribunal; e (ii) os ministros elaboram prognoses e criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando a possibilidade de sua realização.<sup>44</sup>

Os Autores aqui referenciados e as pesquisas abordadas, principalmente, as que têm como pano de fundo o Direito Tributário, possuem como ponto de convergência a conclusão de que os argumentos consequencialistas usados nas decisões tributárias são conjecturas de seus julgadores, que padecem por falta de embasamento em estudos sobre seus desdobramentos, em sua maioria, as consequências alegadas giram em torno da diminuição da arrecadação e a garantia dos direitos dos contribuintes.

### 3.1. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DO RECURSO ESPECIAL 1340553-RS<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, 2017, p. 820.

<sup>44</sup> LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, 2017, p. 834.

<sup>45</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

O presente artigo irá se ater à análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1340553/RS, julgado em sede de tema repetitivo, o qual estabeleceu cinco novas teses sobre o termo inicial e o termo final da prescrição intercorrente.

Por unanimidade, foi negado provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Ministro Relator, Mauro Campbell Marques, sendo parcialmente vencidos quanto à fundamentação e/ou tese a Ministra Assusete Magalhães e os Ministros Sérgio Kukina e Herman Benjamin, ou seja, o objeto da decisão que teria efeitos *inter partes* foi decidido por unanimidade, entretanto os Ministros divergiram quanto à tese universal dessa decisão, sendo oportuno ressaltar que em seus votos é possível identificar diversos argumentos consequentialistas, como será analisado adiante.

Discordando dos fundamentos do voto do Ministro Relator, o Ministro Herman Benjamin entende que o referido julgamento repetitivo não poderia pautar-se somente no “volume quantitativo de processos, e de sua influência na gestão da atividade jurisdicional, como ainda sobre a própria dinâmica do Poder Judiciário como instrumento também viabilizador de arrecadação para os cofres públicos [...]”<sup>46</sup>, justificando sua divergência nos argumentos consequentialistas a seguir expostos:

Trecho 1:

7. As centenas de milhares de processos relativos às Execuções Fiscais abrangem quantias milionárias (somente o estoque da dívida ativa da União fechou o ano de 2014 em R\$ 1,387 trilhão, consoante notícia veiculada no jornal *Valor Econômico*).
8. Certamente há milhares de débitos que, na prática, revelam-se irrecuperáveis, mas cabe ao respectivo credor definir políticas de classificação e então adotar critérios de seletividade para diferenciar o que deve ser segregado e o que é passível de

---

<sup>46</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 35.

recuperação. Ao Judiciário, não obstante a necessidade de equacionar a gestão do volume de processos, pesa a responsabilidade de não avançar os limites que respeitam a harmonia e a independência entre os Poderes, criando soluções que gerem potencial desequilíbrio de ordem social ou econômica.<sup>47</sup>

Análise: O Ministro levantou a premissa de que existem milhares de processos executivos fiscais em andamento, apontando como consequência jurídica-econômica da aprovação das teses a irrecuperabilidade de milhares de débitos. Chamando atenção para a fonte da qual o Ministro retirou esses dados, o jornal *Valor Econômico*, demonstrando a falta de dados dessa natureza no corpo do processo.

Trecho 2:

[...] o órgão jurisdicional terá mais condição para verificar, por exemplo, se o réu pratica atos atentatórios à dignidade da Justiça, como a utilização de manobras para não ser localizado ou não ter identificados bens passíveis de penhora. Em hipóteses como essas, a suspensão "automática", como se vê, implicaria a redução do juiz ao papel de assistir passivamente à utilização de chicanas que privilegiariam o uso distorcido do processo.<sup>48</sup>

Análise: Nesse trecho, o Ministro preocupa-se com a consequência da suspensão "automática" do processo, que resultaria na diminuição da importância do juiz no processo, facilitando possíveis fraudes processuais, que não são identificadas de forma automática.

Trecho 3:

A eficácia do processo de Execução Fiscal, entendo importante pontuar, é vinculada ao alcance de sua finalidade típica (a satisfação do crédito perseguido, excetuada a hipótese em que se comprovar a nulidade ou invalidade do respectivo título

---

<sup>47</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019 p. 22.

<sup>48</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 34.

executivo), de modo que fixar a primeira tentativa fracassada de localização do devedor ou dos bens como critério para fazer incidir o prazo de seis anos para a decretação da prescrição intercorrente prestigiará, paradoxalmente, a eficiência do Poder Judiciário como mecanismo voltado exclusivamente a se livrar do processo, de modo inteiramente alienado ao seu conceito, à sua essência (instrumento para a justa e adequada pacificação social).<sup>49</sup>

**Análise:** Mais uma vez, o Ministro preocupa-se com as consequências do julgamento na atuação do Poder Judiciário, ao afirmar que a fixação desse novo termo inicial teria como consequência lógica o fim de milhares de processo, o que pode evidenciar a eficiência do Judiciário, mas em contrapartida implicaria na desvirtuação da sua essência.

#### Trecho 4:

A ausência de intimação do próprio despacho de suspensão do feito fatalmente deixará a Fazenda Pública em situação de extrema dificuldade, pois não será razoável entender que, no singular prazo de trinta dias – para Apelação contra a sentença extintiva da demanda por prescrição intercorrente –, ao qual nunca é demais adicionar que sucedeu a uma paralisação por seis anos, com o seu completo desconhecimento, seja possível localizar bens para constrição e assim apontar efetivo prejuízo apto a anular a falta de intimação.<sup>50</sup>

**Análise:** Parte-se da premissa de que a falta de intimação acerca do despacho de suspensão, deixando a Fazenda Pública com somente o prazo de trinta dias da Apelação, teria como consequência a impossibilidade de localizar bens do executado passíveis de constrição, resultando em diminuição da arrecadação.

#### Trecho 5:

A solução da crise do processo de Execução Fiscal, assim,

---

<sup>49</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 43.

<sup>50</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 36.

impõe ao legislador o estudo e disciplina legal de novos meios tendentes a viabilizar a efetiva recuperação dos créditos fazendários, e não a compreensível (diante do incômodo volume quantitativo), mas, com a devida vênia, inadequada, simplificação dos procedimentos destinados a ampliar indevidamente a adoção do instituto da prescrição, pois tal medida implica, reflexamente, a conclusão da falência do Estado como instituição destinada a promover o bem social.<sup>51</sup>

**Análise:** Ao discordar das teses apresentadas pelo Ministro Relator, aduz que a simplificação e ampliação da prescrição intercorrente teria como consequência reflexa a falência do Estado, repercutindo mais uma vez na garantia dos direitos individuais e sociais.

Por sua vez, a Ministra Assusete Magalhães utilizou poucos argumentos consequencialistas, baseando sua justificativa essencialmente na dogmática jurídica e nos métodos cânones do direito, todavia, concordou com o Ministro Herman Benjamim no seguinte argumento consequencialista:

Trecho 1:

Não se pode retirar do Juiz da execução o poder-dever de dirigir o processo. Na suspensão automática, o magistrado sequer teria conhecimento de que se mostrou desprovida de êxito a tentativa de citação ou de localização de bens do executado. O feito voltaria para o cartório e repousaria incólume no escaninho, até posterior impulso do exequente, se fosse o caso. Seria autorizar uma espécie de automatização indesejável do processo de execução fiscal, à revelia da disposição do caput do art. 40 da Lei 6.830/80, que restaria violado.<sup>52</sup>

**Análise:** A Ministra utiliza o argumento consequencialista jurídico, preocupada com diminuição do papel do juiz no

---

<sup>51</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 40.

<sup>52</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 9.

processo, indagando que se o termo inicial da prescrição não precisa de manifestação do juiz competente, os processos executivos fiscais correm o risco de tornar-se um processo automático, passando por diversos procedimentos durante anos sem o conhecimento do magistrado.

O Ministro Og Fernandes propôs alterações e criticou as divergências postas no voto do Ministro Benjamin, por fim, seguindo o voto do Ministro Relator.

#### Trecho 1:

O entendimento da divergência leva à seguinte situação: mesmo que não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, e a Fazenda for intimada dessa situação, se não houver a decisão do juiz fazendo constar expressamente que o processo está sendo suspenso, a prescrição não irá se iniciar, prolongando por prazo indeterminado o curso de uma enorme quantidade de processos por conta dessa circunstância. E isso apenas gera morosidade e abarrotamento das varas de Execução Fiscal, sem que sequer represente um aumento de arrecadação para o erário.<sup>53</sup>

Análise: o Ministro apontou que se não houver manifestação do juiz sobre a suspensão, conseqüentemente, o prazo do curso da enorme quantidade de processos seria prolongado por tempo indeterminado, o que implicaria em um maior congestionamento de processos, sem necessariamente representar um aumento na arrecadação. Observa-se que o Ministro utilizou premissa semelhante à do Ministro Herman Benjamin, contudo indicou conseqüências opostas às defendidas Benjamin.

#### Trecho 2:

Por outro lado, a aplicação imediata da orientação que ora se firma na Corte é providência consentânea com o interesse social e com a segurança jurídica, pois ensejará a estabilização de relações jurídico-processuais que se arrastam há anos no Poder Judiciário, além de redirecionar os esforços das Cortes

---

<sup>53</sup> *Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 145.

Judiciais às execuções que sejam efetivamente viáveis, racionalizando custos e promovendo o emprego eficiente da máquina pública.<sup>54</sup>

Análise: O Ministro defende a aplicação imediata das novas teses do Ministro Relator apontando como consequência a racionalização de custos e maior eficiência da máquina pública, mais uma vez, é possível observar argumentos consequencialistas baseados em suposições.

A análise do presente Recurso Especial Repetitivo permitiu chegar à conclusão que corrobora os estudos realizados sobre os argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da identificação de argumentos consequencialistas do mesmo tipo que são empregados para justificar decisões opostas, e de hipóteses de consequências que são levantadas sem qualquer lastro em pesquisas, baseadas apenas em conjecturas internas de cada julgador.

#### 4. CONCLUSÃO

A argumentação jurídica é empregada em diversos campos jurídicos, seja na elaboração da norma, na aplicação da norma jurídica aos casos concretos, ou ainda em casos abstratos, por ser elemento essencial da justificação de qualquer decisão jurídica.

Ao tomar uma decisão, o julgador passará por etapas até à sua conclusão, passando pela coleta de informações; em seguida a valoração e o sopesamento dessas informações; transpondo outros estágios no processo de decisão, analisando a incidência normativa, interpretando a norma para uma correta aplicação e formulando argumentos para justificar a referida decisão.

---

<sup>54</sup> *Recurso Especial n° 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 148.



Dos diversos tipos de argumentos estudados pelos autores oportunamente referenciados, ganham destaque, devido a recentes alterações legislativas, os argumentos consequencialistas que estão presentes no cotidiano dos trabalhos forenses, desde o sistema *Common Law* ao *Civil Law*, da petição inicial à decisão final, usado por advogados, juízes, promotores, etc.

Em sua maioria, o consequencialismo é empregado nas justificativas sem embasamento em estudos prévios, sejam produzidos pelas partes, pelo judiciário ou por fontes externas ao processo, fato constatado por diversas pesquisas empíricas que se dedicaram a estudar a jurisprudência dos tribunais superiores.

Ficou demonstrado, inclusive, em alguns desses estudos, que o consequencialismo é utilizado com mais ênfase quando visa a restringir direitos individuais ou quando a interpretação da norma não é suficiente para justificar uma tese.

Particularmente, no Direito Tributário, o consequencialismo é aplicado para argumentar sobre o impacto que determinada decisão pode ter sobre a arrecadação de tributos; o quanto isso pode repercutir para os cofres públicos; e, por conseguinte, para o implemento de políticas públicas.

Ao analisar os argumentos consequencialistas utilizados em cada um dos votos proferidos no Recurso Especial Repetitivo nº 1340553/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que fixou novas teses para a prescrição intercorrente, as quais poderão extinguir mais de vinte milhões de processos de execução fiscal, foi possível depreender que as vezes em que o consequencialismo foi usado, os argumentos gravitam em torno da preocupação com as atividades do Poder Judiciário e a diminuição do número de processos ou da diminuição da arrecadação e seus impacto para o Estado.

A argumentação consequencialista utilizada pelos juristas brasileiros aproxima-se mais de uma técnica Tópica do que da Teoria Consequencialista de MacCormick, por ser desprovida de uma incursão concreta e dedutiva do problema, sendo mais

indutiva do que dedutiva.

Não tem com pensar uma decisão apenas com reflexo para as partes do processo, devido ao seu caráter de universalidade e publicidade, sendo necessário que o julgador pondere as consequências de sua decisão de forma racional e embasada em estudo que corrobore sua justificativa, visto que essa decisão pode trazer consequências para o direito bem como para a sociedade onde ela será inserida.



## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- CHRISTOPOULOS, Basile Geoges C. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 339 p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.
- BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

- KRELL, Andreas Joachim. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 10, nº 1, pp. 295-320, 2014.
- LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, pp. 818-843, 2017.
- Notes Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 5, pp. 436-457, mar/2017. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- Recurso Especial nº 1.340.553/RS* do Superior Tribunal de Justiça; julgado em 12/09/2018 e publicado no DJe em 16/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>>. Acesso em: 14 mar. 2019
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai/2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*, São Paulo: Noeses, 2011.