

ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E CRISE

CONTRA LEGEM ARGUMENTATION IN TAX MATTERS AND CRISIS

Francisco Lima Guaitolini*

Américo Bedê Freire Júnior**

RESUMO: O presente artigo investiga a argumentação *contra legem* em matéria tributária no contexto da crise gerada pela Covid-19 utilizando como referencial as teorias de Robert Alexy e de Thomas da Rosa de Bustamante. Inicia-se abordando as consequências negativas do ativismo judicial, especialmente em momentos de crise. Afirma-se que a implementação de medidas emergenciais tributárias para o enfrentamento da crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19 compete aos Poderes Executivo e Legislativo. Defende-se que quando os direitos e garantias constitucionais dos contribuintes não são preservados pelos demais Poderes, cabe ao Judiciário tutelá-los. Sustenta-se que a colisão entre princípios constitucionais tributários e regras infraconstitucionais irracionais pode ser solucionada, excepcionalmente, através de decisões *contra legem*. Por fim, esclarece-se que a superação de uma regra depende de elevada e racional carga argumentativa. Conclui-se que a legislação é incapaz de prever de antemão uma solução infalível para todos os casos concretos, sobretudo os casos mais difíceis.

Palavras-chave: Covid-19. Direito tributário. Derrotabilidade. Regras. Decisão contra legem.

ABSTRACT: This article investigates the *contra legem* argumentation in the tributary matter in the context of the crisis generated by the Covid-19 Pandemic taking Robert Alexy's and Thomas da Rosa de Bustamante's theories as a reference. It initiates approaching the negative consequences of judicial activism, especially during crisis. It is stated that the implementation of emergency tributary measures for facing the economic crisis resulting from the Covid-19 Pandemic is a legal competence of the Executive and Legislative Power. It is supported that when

Artigo recebido em 23 de dezembro de 2021.

Artigo aceito em 13 de dezembro de 2022.

* Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional. Advogado. E-mail: franciscolima.g@hotmail.com

** Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória. Juiz Federal. E-mail: bedejunior@hotmail.com

constitutional rights and guarantees are not preserved by other Powers, the Judiciary must protect them. It sustains that the coalition between constitutional tributary principles and irrational infra constitutional rules can be solved, exceptionally, through *contra legem* decisions. Finally, it clarifies that the defeasibility of a rule depends on an elevated rational argumentative load. It concludes that legislation is unable to predict a flawless solution to all concrete cases, mainly the hard cases.

Keywords: Covid-19. Tax Law. Defeasibility. Rules. *Contra legem* decision.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A COVID-19: DIFERIMENTO DA DATA DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS E A TENSÃO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES; 3. ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM: DE ROBERT ALEXY A THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE; 3.1. A ABERTURA PARA DECISÕES CONTRA LEGEM NAS TEORIAS DE ROBERT ALEXY; 3.2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM DE THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE; 4. COVID-19 E DECISÕES CONTRA LEGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil perpassou por diversas crises, de naturezas distintas, em diferentes contextos, ao longo de sua estreita história. A propósito, o advento da Constituição Federal de 1988 (CF) deu-se após a mais crítica delas — a crise na democracia (1964-1985). Apesar de nos anos seguintes não termos enfrentado a crise à dimensão dessa, é reconhecido que o país enfrentou outras instabilidades.

Sem muito esforço, é possível evocar nesse sentido o primeiro *impeachment* de um presidente democraticamente eleito no Brasil após a nova ordem constitucional — Fernando Collor, em 1992. De outra natureza, num contexto distinto, podemos citar a crise econômica instaurada a partir de 2008.

Em seguida, provavelmente a maior das instabilidades que o Estado Democrático de Direito experimentou em sua história recente foi a crise política que se iniciou em 2013 e, de certa forma, implicou no *impeachment*, em 2016, da então presidente Dilma Rousseff.

Neste breve caminho aqui trilhado, identificamos crises distintas e em contextos diferentes. O que elas têm em comum é que foram todas superadas (apesar das sequelas que ficam) sob a égide da CF, uma *constituição resiliente*, conforme identifica Oscar Vilhena Vieira.¹

Agora, no início da segunda década do milênio, o Estado Democrático de Direito se depara com uma crise fruto de combinação inusitada: vulnerabilidade da saúde pública com profundos impactos econômicos. Diante deste cenário, a tributação assume papel fundamental, ao passo que, por um lado, é a principal fonte de receita dos Entes Federados (*função arrecadadora*),² que suportarão despesas vultuosas no enfrentamento da pandemia, e, por outro, pode ser a “culpada” pela derrocada dos contribuintes, que não terão condições de suportar tamanha oneração. Portanto, uma tributação adequada a esta nova realidade é condição *sine qua non* para que Estado e contribuinte não sucumbam.

O Governo Federal adotou medidas como o diferimento do prazo de pagamento de contribuições sociais e tributos recolhidos na sistemática do Simples, bem como o adiamento do prazo para cumprimento de obrigações acessórias para pessoas físicas e jurídicas. Ainda podemos citar a suspensão de impostos sobre a produção e a importação de equipamentos necessários no combate à pandemia. Por sua vez, em âmbito estadual e municipal, as medidas limitaram-se em grande parte à ampliação dos prazos para atendimento de deveres instrumentais e da validade de certidões de regularidade fiscal.

Não obstante tenham os governos implementado tais medidas, grande parcela dos contribuintes considera essas providências não suficientes para a subsistência das atividades econômicas. A consequência disto é a busca pela

¹ VIERA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 158.

² SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 36.

tutela jurisdicional para que tributos federais, estaduais e municipais sejam suspensos ou tenham a data de pagamento diferida.

Sucedem demandas semelhantes foram providas ou não a depender da interpretação do juízo, gerando tremenda insegurança jurídica. Em certos casos, a suspensão da exigibilidade e o diferimento do pagamento de créditos tributários foram negados em razão da impossibilidade de o juiz atuar como legislador, tendo em vista a reserva legal prevista no Código Tributário Nacional (CTN) para instituição de moratória. Decisões também fundamentaram que o acolhimento desses pedidos implica em invasão na competência administrativa do Poder Executivo no tocante ao planejamento estratégico para o enfrentamento da crise. Noutras demandas, porém, as pretensões dos contribuintes acabaram sendo acolhidas em razão da excepcionalidade do momento e/ou dos prejuízos financeiros irreparáveis que estes poderiam vir a sofrer.

Diante disto, surge o seguinte problema fundamental: *a ordem constitucional brasileira é compatível com o ativismo judicial em matéria tributária em tempos de crise?* Por conseguinte, também se questiona: *é lícito ao Poder Judiciário, em razão da excepcionalidade do momento, diferir a data de pagamento de tributos através de decisões contra legem?*

Estas indagações são o *leitmotiv* do presente estudo, que pretende jogar novas luzes sobre temas como o *ativismo judicial* e a separação dos Poderes, levando em consideração, especialmente, a tutela dos direitos dos contribuintes em momentos críticos. Propomos, ainda, uma análise da denominada argumentação *contra legem*, passando pelas construções teóricas de Robert Alexy e de Thomas da Rosa de Bustamante, bem como de suas possíveis implicações na resolução de *casos difíceis* em matéria tributária.

O primeiro passo neste trabalho nos leva, portanto, a uma análise sobre o *ativismo judicial* e suas implicações durante a crise, sobretudo em matéria tributária. Especial atenção é destinada aos casos de diferimento da data de pagamento de tributos pelo Poder Judiciário, levando em consideração o princípio da separação dos Poderes. No segundo momento, nos atemos à teoria da argumentação *contra legem*, traçando sua espinha dorsal a partir dos referenciais teóricos de Robert Alexy e Thomas da Rosa de Bustamante. Por fim, na última seção serão realizadas considerações sobre a possibilidade de decisões *contra legem* em matéria tributária durante a crise.

2. ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A COVID-19: DIFERIMENTO DA DATA DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS E A TENSÃO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A crise instaurada pela pandemia do coronavírus apresenta uma série de implicações, tanto no Direito Público quanto no Direito Privado,³ e em suas respectivas subáreas. Logicamente, devido à repercussão econômica da crise, o Direito Tributário encontra-se ainda mais em evidência, não é à toa que União, Estados e Municípios implementaram junto às políticas públicas sanitárias medidas de desoneração tributária.

Se por um lado é inquestionável dizer que tais medidas emergenciais tributárias são essenciais aos contribuintes para a superação da crise, por outro, é possível se cogitar que sejam insuficientes. Com efeito, ante a omissão dos demais Poderes — Legislativo e Executivo — princípios constitucionais

³ É possível citar, por exemplo, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, instituído pela Lei nº 14.010/2020.

tributários, a exemplo da capacidade contributiva e da segurança jurídica, formam o núcleo de proteção dos contribuintes em busca da tutela hábil a promover a sobrevivência da atividade econômica, umbilicalmente ligada aos direitos fundamentais da livre iniciativa e da propriedade privada.

Todo este quadro confirma a tensão existente entre o dever constitucional do Poder Judiciário de tutelar direitos — assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV — e a necessidade de autocontenção para não incorrer em usurpação das atribuições dos demais Poderes. À sombra deste novo contexto crítico, que põe em risco bens jurídicos fundamentais tais como saúde pública, dignidade, segurança, propriedade privada, enfim, o bem-estar social, faz-se necessário, pois, revisitar o princípio da separação dos Poderes e, sobretudo, o fenômeno do *ativismo judicial*.

Nas palavras de Elival da Silva Ramos,⁴ *ativismo judicial* é a “[...] ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Isto é, uma transcendência, por parte do Poder Judiciário, de sua vocação constitucional.

Georges Abboud, por seu turno, propõe que “o ativismo deve ser compreendido como atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religiosa etc)”.⁵ E, em aspectos funcionais, destaca que o fenômeno resulta na “[...] atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição”.⁶

⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Saraiva Digital. n. p.

⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1397.

⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1398.

Nesse sentido Diogo Silva e Alexandre Bahia advertem que

[...] não podemos abrir mão da autonomia do Direito, vale dizer, a resposta adequada para os problemas somente pode passar pelo crivo do código jurídico, sem uma cooptação da moral, da economia e da política. Somente mantendo a autonomia do direito e julgando o caso de acordo com o código direito/não-direito (*recht/unrecht*) [...] sem relativizações/mediações de cunho moral, econômico, religioso, etc., conseguiremos uma atuação dentro dos quadrantes democráticos.⁷

Por conseguinte, extrai-se do conceito de *ativismo judicial* que este é um fenômeno pernicioso ao Estado Democrático de Direito *per se*. Vale dizer: não existe bom ou mau ativismo — todo ativismo é ruim. Isto porque não é lícito ao juiz relegar a legislação e a Constituição em favor de convicções ideológicas,⁸ seja em matéria tributária, seja em qualquer outra área do Direito.

O exercício da função jurisdicional além dos seus limites sempre irá abalar a ordem constitucional. Não existem exceções. Contudo, em momentos de instabilidade — de crise — elevam-se sobremaneira os riscos de uma verdadeira ruptura com o Estado Democrático de Direito, o que deve, por força do princípio da separação dos Poderes (artigo 2º, CF), ser imediatamente rejeitado. Do contrário, a harmonia entre os Poderes imperativamente estatuída pelo constituinte originário não passaria de letra sem de força normativa.

As considerações firmadas sobre o *ativismo judicial* são extremamente pertinentes para nortear o adequado exercício da função jurisdicional, em especial quando uma crise abrupta clama medidas emergenciais por parte do

⁷ SILVA, Diego Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F. Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 163-190, jan./abr. 2018. p. 175.

⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1375.

Estado para que seja garantido o extenso rol de direitos instituído pela Constituição Federal. Em matéria tributária, por exemplo, o diferimento do pagamento de tributos é providência emergencial que permite ao contribuinte com capacidade contributiva reduzida estruturar melhor suas despesas, de forma que possa priorizar o pagamento da folha de salários, de fornecedores, de prestadores de serviços, enfim, todos aqueles envolvidos na atividade econômica, de modo a evitar sua paralização.

Naturalmente, ante a insuficiência de respostas pelo Executivo e Legislativo, resta aos contribuintes recorrerem ao Poder Judiciário em busca de medidas emergenciais, o que revela a tensão inerente à separação dos Poderes.

Especificamente quanto ao diferimento do pagamento de tributos, Hugo de Brito Machado Segundo explica que

[...] o Código Tributário Nacional contém disposições que autorizam a concessão de maior prazo (moratória geral) [...]. Mas, em todo caso, é necessário que se edite lei — ou ato normativo inferior, se se tratar da mera alteração de prazo já fixado em outra norma infralegal. Não parece que, sem norma específica, o Judiciário possa modificar tais prazos, agindo como legislador positivo. Por mais fortes que sejam as razões, elas devem levar os produtores de normas jurídicas à criação de disposições destinadas a aliviar os contribuintes cuja capacidade contributiva está reduzida, o que em princípio não cabe ao Judiciário fazer.⁹

Sacha Calmon a respeito da forma para alteração da data para pagamento de tributo, apresenta interpretação ainda mais restritiva:

[...] o dia do pagamento do tributo é matéria restrita sob reserva de lei, caso contrário encurtar e dilatar o prazo para pagamento seria ato discricionário da Administração. Se, para antecipar ou postergar o dia do pagamento, exige-se lei (art. 153 do CTN),

⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A Covid-19 deve ensejar a criação de novos tributos?. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/consultor-tributario-covid-19-ensejar-criacao-novos-tributos>>. Acesso em: 13 set. 2020.

como admitir que o *dies ad quem* original possa ser fixado por ato administrativo?¹⁰

Por conseguinte, ante a exigência de lei para instituição de moratória (artigo 153, CTN), e ao menos de ato normativo inferior para a dilação da data de pagamento do tributo, pode-se inferir que na ausência destes não há fundamento legal que justifique a concessão de tais medidas pelo Poder Judiciário; apenas preocupações políticas e econômicas — esferas reservadas ao Legislativo e Executivo.

Sobre este ponto, grande parte dos tribunais reconheceram que foge da alçada jurisdicional a concessão de medidas como o diferimento da data de pagamento de tributos. É o que se verifica em julgamento no âmbito Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja decisão firmou que “[...] se o Poder Judiciário concedesse prorrogação do pagamento dos tributos federais, não só estaria atuando como legislador positivo, uma vez que a moratória depende de lei (art. 153 do CTN), como também usurparia competência dos outros poderes, o que evidentemente não lhe é dado”.¹¹ No mesmo sentido é a suspensão de liminar acolhida pela presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo em favor da Fazenda Pública Estadual, que entre seus fundamentos assentou: “[...] decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, mormente em tempos de crise e calamidade [...]”.¹²

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medidas urgentes, tais como suspensões de tutela provisória, estabeleceu que “[...] não cabe ao Poder

¹⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 527.

¹¹ TRF4; AG 5012017-33.2020.4.04.0000; Segunda Turma; Relator: Alexandre Rossato Da Silva Ávila; Data do Julgamento: 27/03/2020.

¹² TJSP; Suspensão de Liminar e de Sentença 2066138-17.2020.8.26.0000; Presidência; Relator: Pinheiro Franco; Data do Julgamento: 08/04/2020; Data de Publicação: 03/06/2020.

Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento”.¹³ Portanto, na linha seguida pela Corte Suprema, o Judiciário estaria atuando além dos seus limites ao conceder moratórias ou diferimentos, isto é, estaria usurpando as competências que foram constitucionalmente conferidas à esfera política (Legislativo/Executivo).

Outrossim, no julgamento de suspensão de segurança 5363/SP o STF consignou que

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.¹⁴

A decisão sedimenta precisamente as linhas demarcatórias da função jurisdicional, dado que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas esferas de atuação dos demais Poderes. Isto decorre do caráter estruturante do princípio da separação dos Poderes, que nas palavras de Georges Abboud¹⁵ “[...] constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos os atos de quaisquer poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional”.

Impende asseverar, ainda, que embora a suspensão de segurança não seja instrumento idôneo para a reforma de decisão judicial, a fundamentação exposta

¹³ STF; STP 439/SP; Presidência; Relator: Min. Dias Toffoli; Data de Julgamento: 07/07/2020; Data de Publicação: 09/07/2020.

¹⁴ STF; SS 5363/SP; Presidência; Relator: Min. Dias Toffoli; Data de Julgamento: 15/04/2020; Data de Publicação: 20/04/2020.

¹⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1349.

na SS 5363/SP evidencia autocontenção do STF no que tange à concessão de medidas emergenciais em matéria tributária. Mormente pelo fato de o voto do Presidente da Corte no julgamento do AgR na SS 5363/SP ter sido acompanhado por unanimidade em plenário,¹⁶ o que converge para a unidade do Tribunal sobre a questão.

Conforme exposto, a separação dos Poderes, porquanto princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, foi alçado pela ordem constitucional ao status de cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, III, CF). Deve-se assentar, porém, que em momentos críticos nos quais os demais Poderes demonstram-se inertes ou insuficientes na concretização de direitos e garantias fundamentais, cabe ao Poder Judiciário promovê-los. Afinal, consoante o escólio doutrinário de Konrad Hesse, devemos reconhecer a força normativa da constituição,¹⁷ especialmente na tutela dos direitos por ela resguardados.

Destarte, partimos da concepção de que o *ativismo judicial* não encontra sustentáculos na Constituição e, conseqüentemente, deve ser repellido quando do exercício da função jurisdicional. Do contrário, seria diuturnamente colocado em xeque o princípio da separação dos Poderes, o que, como já dito, não é possível se cogitar. Por outro lado, tais conclusões não são incompatíveis com a denominada teoria da argumentação *contra legem*. Esta cumpre o papel de justificar *racionalmente* decisões em casos difíceis (*hard cases*), o que se dá excepcionalmente quando dada regra jurídica interfere excessivamente em um direito especialmente protegido (*v.g.* direitos fundamentais), implicando numa reformulação da hipótese de incidência da regra.

¹⁶ STF; AgR na SS 5363/SP; Plenário; Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 04/09/2020 – 14/09/2020; Data de Publicação: 28/09/2020.

¹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15-16.

Passaremos a traçar, portanto, a espinha dorsal da argumentação *contra legem*, desde sua abertura a partir das teorias da Robert Alexy, até o aperfeiçoamento proposto por Thomas da Rosa de Bustamante.

3. ARGUMENTAÇÃO *CONTRA LEGEM*: DE ROBERT ALEXY A THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

Em sua obra intitulada *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1978),¹⁸ Robert Alexy estabelece, a partir de teorias do discurso prático, uma teoria do discurso prático racional geral. O caminho percorrido pelo jurista alemão na construção do discurso prático racional geral contempla a análise crítica de teorias como as de Habermas, Perelman e da Escola de Erlangen,¹⁹ de modo que as regras oferecidas por cada uma dessas teorias foram filtradas e refinadas por Alexy.

Em seguida, apoiado na teoria do discurso prático racional geral, Robert Alexy passa à concretização da teoria da argumentação jurídica, e destaca que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (*tese do caso especial*).²⁰ Conforme expõe o teórico

O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no

¹⁸ Há edição em português intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*.

¹⁹ Outros autores como Hare, Toulmin e Baier também são explorados por Alexy.

²⁰ Marlon Tomazette bem sintetiza ao dizer que “a argumentação jurídica é, portanto, um caso especial da argumentação prática em geral. Tal relação significa que elas não se identificam, mas que há uma coincidência estrutural parcial entre os dois âmbitos de argumentação. Além disso, pode-se afirmar que a argumentação prática geral constitui o fundamento primordial da argumentação jurídica, na medida em que esta depende daquela”. TOMAZETTE, Marlon. *A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem*. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 03, n. 02, p. 154-178, 2011. p. 158.

ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas.²¹

Alexy distingue, portanto, a pretensão de correção (*claim to correctness*) que se coloca nos discursos jurídicos daquela corrente no discurso prático geral.²² Enquanto nos discursos práticos o que se trata é da correção das proposições normativas, no discurso jurídico se trata da correção de proposições normativas *sob condições limitadas*, isto é, sob os quadrantes da lei, da dogmática e do precedente.²³

Neste ponto, cumpre esclarecer que para Alexy a justificação das decisões jurídicas apresenta dois aspectos: a *justificação interna* e a *justificação externa*. Na primeira, é analisado se as premissas empregadas na fundamentação guardam lógica com a decisão. Na segunda, se as premissas utilizadas atendem ao critério de correção.²⁴

A *justificação externa* é vista por Alexy²⁵ “[...] como o verdadeiro campo da argumentação jurídica ou do discurso jurídico”, e é exatamente neste campo que se encontra o ponto de toque entre as teorias de Robert Alexy e a de Thomas da Rosa de Bustamante, o que será demonstrado à frente.

Conforme expõe o filósofo alemão, as regras e formas de *justificação externa* podem ser classificadas em seis grupos, quais sejam, (i) regras e formas

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 194.

²² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 189.

²³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 204.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 195.

²⁵ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20.

de interpretação, (ii) da argumentação da Ciência do Direito, (iii) do uso dos precedentes, (iv) da argumentação prática geral, (v) da argumentação empírica, e (vi) das formas especiais de argumentos jurídicos.²⁶

Especificamente quanto às *regras e formas de interpretação*, Alexy explica que uma das tarefas mais importantes dos cânones é a de fundamentar uma determinada interpretação. Desse modo, cada classe dos cânones (semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico) constitui argumentos de formas diferentes,²⁷ e que podem ser utilizados em contextos distintos (campo de aplicabilidade). Nesse sentido, Alexy aduz que

Com exceção da interpretação semântica, todas as formas de argumentos podem também se utilizar numa multiplicabilidade de novos contextos. Tais contextos são, em particular, o conflito de normas, a restrição do campo de aplicação das normas e a fundamentação de normas que não se podem deduzir da lei. Assim, por exemplo, num conflito de normas pode-se afirmar que o legislador atribuiu especial importância a uma norma. Em caso de fundamentação de uma interpretação restritiva, são possíveis referências a legislações paralelas e seguidas já em outros Estados, e em caso de fundamentação de uma norma que não se extrai do direito positivo pode se apresentar como argumento um fim que se deve perseguir. A caracterização tradicional das formas de argumentos que se discutem dentro dos cânones da interpretação é muito extensa.²⁸

Logo, os argumentos provenientes dos diferentes cânones de interpretação são aplicáveis e imprescindíveis para a resolução dos casos mais difíceis, sobretudo naqueles em que se constata a colisão de normas, a restrição

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 204.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 207.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 215.

do campo de aplicação das normas e a fundamentação de normas que não se pode deduzir da lei. Vale dizer: existem contextos nos quais o emprego racional dos cânones de interpretação dá azo a interpretações *contra legem*.

A teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy, ao admitir interpretações *contra legem*, compatibiliza-se, pois, com a noção de norma jurídica de Thomas da Rosa de Bustamante,²⁹ para quem “[...] o Direito pode ser vislumbrado como um sistema de *normas superáveis*, as quais são formuladas a partir da análise e da interpretação dos enunciados jurídicos produzidos pela autoridade legislativa competente para editar preceitos gerais obrigatórios”.

Contudo, entendemos que Thomas Bustamante engendra um refinamento à teoria de Alexy. Isto porque, conquanto o filósofo alemão reconheça a possibilidade de decisões *contra legem*, suas teorias não estabelecem diretivas argumentativas que justifiquem tais tipos de decisão.³⁰ Estas diretivas são propostas, por outro lado, em louvável trabalho desenvolvido por Thomas Bustamante.

Destarte, passamos a analisar individualmente as teorias de ambos os autores, a fim de que seja possível traçar as particularidades de cada uma no que tange à argumentação *contra legem*.

3.1. A ABERTURA PARA DECISÕES *CONTRA LEGEM* NAS TEORIAS DE ROBERT ALEXY

Conforme anteriormente relatado, Alexy propõe em sua teoria da argumentação que o discurso jurídico se trata de um caso especial do discurso prático racional (*tese do caso especial*), de modo que as afirmações e decisões

²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 171.

³⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 293.

jurídicas devam ser corretas de acordo com a ordem jurídica vigente. Isto quer dizer que o discurso jurídico atende à pretensão de correção quando é racionalmente fundamentado levando em conta a lei, o precedente e a dogmática.³¹

Ocorre que, para o próprio autor, a racionalidade discursiva da argumentação jurídica se depara com uma fronteira quando da aplicação de uma lei *irracional* ou *injusta*. Isto não refuta, contudo, a *tese do caso especial*. A uma, porque o conteúdo da *tese do caso especial* é exatamente no sentido de que existem limites da argumentação jurídica. Afinal, não se pode simplesmente através de leis *válidas* “[...] estabelecer de maneira estrita a decisão para todos os casos de um sistema jurídico, de modo que todo caso pudesse ser resolvido por meio de uma simples subsunção”.³² Se assim fosse, não haveria necessidade de se aferir se as leis são justas ou injustas, isto é, não haveria espaço para o discurso jurídico.³³

A duas, em razão de a argumentação jurídica estar incrustada no contexto de uma racionalidade discursiva que compreende a completude do sistema jurídico. Neste ponto Alexy adverte sobre dois aspectos da pretensão de correção a partir das decisões judiciais: (i) as decisões jurídicas não devem ser corretas “segundo a ordem jurídica válida”, mas sim corretas *no âmbito da ordem jurídica*

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 280.

³² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 282.

³³ Neste ponto, Alexy lembra que “[...] como evidencia tanto a experiência história como as considerações conceituais, por meio de um processo de legislação não se pode nunca determinar para cada caso, de antemão, precisamente uma solução”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 281.

válida; e (ii) o direito deve ser, além de válido, *racional* ou *justo*.³⁴ Portanto, para Alexy

Uma decisão judicial que aplica corretamente uma lei irracional ou injusta não satisfaz, em todos os aspectos, a pretensão de correção formulada por ela, mas se tal lei tiver validade jurídica, a decisão é uma decisão válida juridicamente. E também é possível que princípios formais, como o da segurança jurídica e o da divisão de poderes, exijam o respeito à lei irracional ou injusta. Porém, a decisão é uma decisão que tem um defeito. Uma sentença como "Condena-se o Sr. N, com base em uma lei injusta, a dez anos de privação de liberdade" não é uma decisão perfeita juridicamente. Nela se nega o segundo aspecto da pretensão correção vinculada necessariamente às decisões judiciais.³⁵

Verifica-se, pois, que segundo a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, uma decisão judicial atenderá à pretensão de correção quando aplicar uma norma *válida* e *racional/justa*. Quando ausente a *racionalidade* poderemos falar em decisão válida juridicamente, porém *defeituosa*.

A abertura para decisões *contra legem* encontrada na teoria da argumentação jurídica de Alexy ganha ainda melhores contornos a partir de sua obra intitulada *Theorie der Grundrechte*,³⁶ que apresenta notáveis contribuições para a distinção entre regras e princípios. Segundo o autor, princípios são *mandamentos de otimização*, cuja principal característica é poderem ser satisfeitos em graus variados, a depender possibilidades fáticas e jurídicas.³⁷ As

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 282-283.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 282-283.

³⁶ Na edição traduzida para o português: Teoria dos Direitos Fundamentais.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

regras, por sua vez, são normas que podem somente ser satisfeitas ou não satisfeitas. Estabelecem, portanto, *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível.³⁸

O ponto-chave da distinção entre regras e princípios de Alexy reside nas individualidades das *colisões entre princípios* e nos *conflitos entre regras*. Segundo o teórico, "um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida",³⁹ ao passo que a *colisão entre princípios* é solucionada verificando-se a precedência de um princípio em face do outro sob determinadas condições.⁴⁰ Portanto, o *conflito entre regras* ocorre na dimensão da validade, e a *colisão entre princípios* na dimensão do peso.

Fundamental compreender, outrossim, que Alexy atribui um distinto caráter *prima facie* às regras e aos princípios. Porquanto os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, eles carecem de um *mandamento definitivo*; possuem, pois, somente um *mandamento prima facie*. Por outro lado, as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis; são, deste modo, *mandamentos definitivos*.⁴¹

A definitividade das regras, contudo, não pode ser considerada absoluta. Isto seria um modelo muito simples não condizente com a realidade, sobretudo

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 92.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103-104.

para a solução do conflito de normas nos casos mais difíceis. Nesse sentido, Alexy propõe que

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.⁴²

Isto significa que para Alexy é possível a restrição de uma regra em razão de um princípio, o que se dá através da introdução de uma cláusula de exceção na regra.⁴³ Em outros termos, o caráter de *mandamento definitivo* das regras não impede que a solução de um caso se dê através de uma decisão *contra legem*, i.e., contra o texto da lei.

Ocorre que a superação de uma regra não é facilmente justificada. Isto é, não basta que seja atribuído ao princípio contrário um peso maior no caso concreto. Em favor das regras acrescenta-se a força dos denominados *princípios formais*, que "estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida".⁴⁴ Quanto maior for o peso

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104.

⁴³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

atribuído aos princípios formais no ordenamento jurídico, consequentemente mais forte será o caráter *prima facie* das regras.⁴⁵

Ainda quanto à relação entre regras e princípios, Alexy prevê que há primazia do nível das regras previstas na constituição sobre os princípios constitucionais. Esta primazia se dá pelo fato de as regras consubstanciarem, através da positivação, uma decisão mais forte do que a dos princípios, haja vista que estes podem acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência, sendo, por isso, compatíveis com regras bastante distintas.

Humberto Ávila, em trabalho que também explora a distinção entre regras e princípios, converge com Alexy neste ponto ao prever que “no caso das regras, o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, tendo em vista ser a regra uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesse conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo”.⁴⁶

Não obstante Alexy reconheça uma relação de primazia das regras sobre os princípios, para o teórico esta primazia não é estrita.⁴⁷ Se existirem razões para outras determinações que não aquelas definidas pelas regras, isto é, que superem o princípio da vinculação ao teor literal da lei (*princípio formal*), então será possível romper com esta fórmula de precedência.⁴⁸

As teorias de Robert Alexy evidenciam, portanto, que as regras são espécie de normas *superáveis*. A superação das regras para que seja atendido o critério da pretensão de correção, contudo, depende da apresentação de razões

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 132.

⁴⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019. p. 8.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141.

suficientes para que seja rompida a vinculação à decisão tomada antecipadamente pelo Poder Legislativo.

Diante das bases extraídas das teorias de Robert Alexy para decisões *contra legem*, cabe agora passarmos à análise dos aperfeiçoamentos realizados por Thomas da Rosa de Bustamante para a concretização de uma teoria do discurso jurídico que atenda adequadamente a este fenômeno.

3.2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO *CONTRA LEGEM* DE THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

Thomas da Rosa de Bustamante propõe uma teoria da argumentação *contra legem* a partir do referencial teórico de Robert Alexy. Isto é possível pelo fato de o jurista alemão reconhecer o caráter superável das regras, i.e., a possibilidade de decisões *contra legem*. Entretanto, conforme será demonstrado à frente, Thomas Bustamante logra um aperfeiçoamento ao estabelecer diretivas argumentativas que justifiquem tais tipos de decisão.

O germe da argumentação *contra legem* de Bustamante se encontra na distinção entre *significado preliminar* e *significado definitivo* dos enunciados jurídicos. A interpretação seria o processo pelo qual se extrai do texto a norma diretamente aplicável e com significado plenamente determinado. Isto não quer dizer, porém, que antes do processo de interpretação já não existam *significados mínimos* — expressões utilizadas pelo legislador com certos núcleos de sentido que permitem indicar pelo menos as situações em que a norma não se aplica. Daí que para Bustamante

[...] argumentação “*contra legem*” é, na realidade, a forma de argumentar contrária aos significados mínimos que possui um ou mais texto jurídico cuja validade se mantém fora de dúvida. Em suma, trata-se daquelas espécies de argumentação que buscam comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão fiel aos

significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma em questão.⁴⁹

Há que se diferenciar, portanto, *exclusão* de *invalidade* de uma regra. A primeira consiste em reconhecer uma exceção não escrita em sua hipótese de incidência. A segunda significa que a regra não existe e, por isso, não possui aptidão para gerar qualquer tipo de comportamento.⁵⁰ Isto é fundamental para se compreender que decisões *contra legem* comportam casos nos quais ocorre a superação de regras jurídicas *válidas*, porém, *irracionais*. Quer dizer, a superação de uma regra pelo fato de ela estar baseada num montante finito de informações, que, se somado a informações adicionais, não levaria às conclusões que leva quando da ausência dessas novas informações. Afinal, imaginar um sistema cujas regras possuam informações o suficiente para resolver todos os casos, seria confiar na existência de “[...] um sistema jurídico perfeito, capaz de prever, diretamente, uma consequência para cada ação humana realizável”.⁵¹

Logo, a superação das regras pressupõe situações excepcionais que tenham sido imprevistas e imprevisíveis quando da elaboração dos enunciados normativos que as erigiriam. Nesta hipótese, será necessário promover uma *ponderação* entre os princípios que estão por detrás da regra que se pretende derrotar e os princípios que, diante da situação excepcional, vindicam a inserção de uma cláusula de exceção na hipótese de incidência da regra.

Thomas Bustamante, igualmente a Alexy, acrescenta ao ônus argumentativo para superação das regras a apresentação de razões suficientes

⁴⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 182.

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 198-199.

⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 198-199.

para que o obstáculo dos princípios formais seja ultrapassado, uma vez que estes contribuem para a manutenção das consequências das regras elaboradas pelo legislador. Portanto, devem ser incluídos no processo de ponderação “[...] princípios formais como o princípio democrático, o princípio do Estado de Direito e os demais princípios que justificam as regras do processo legislativo [...]”.⁵²

Notável aperfeiçoamento ao raciocínio de Robert Alexy é observado, contudo, a partir das diretivas argumentativas propostas por Bustamante para se argumentar *contra legem*. Conforme expõe sua teoria

Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela. A exigência de razoabilidade, emanção concreta do Estado de Direito e da *pretensão de correção* (*claim to correctness*) do Direito (que no caso da Constituição de 1988 está expressamente consignada no Preâmbulo e no art. 3º, I), exige uma relação adequada entre *norma* e *a realidade sobre a qual ela incide*. É justamente a partir dos postulados da *razoabilidade*, da *coerência* e da *proporcionalidade* — cujos conteúdos precisam ser especificados ao máximo para tornar a justificação jurídica uma empresa racional — que é possível decidir *contra legem*.⁵³

Deste modo, o aperfeiçoamento proposto à teoria Alexyana estabelece, em síntese, que através dos postulados (metanormas) da *proporcionalidade*, da *razoabilidade* e da *coerência* é possível se justificar a superabilidade (*defeasibility*) de uma regra diante de determinado caso concreto *racionalmente*. Tais postulados cumprem o papel, pois, de preencher a lacuna da teoria da

⁵² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 611.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 240.

argumentação jurídica de Robert Alexy quanto à fundamentação das decisões *contra legem*.

Outro ponto aprimorado por Thomas da Rosa de Bustamante em trabalho mais recente (2010)⁵⁴ diz respeito aos tipos de conflitos entre normas jurídicas no Estado Constitucional. Entendemos que esta diferenciação dos conflitos, ao levar em conta os distintos níveis hierárquicos das normas, permite uma melhor compreensão dos casos cuja adequada resolução demanda uma decisão *contra legem*.

Primeiramente Bustamante divide os *conflitos normativos em sentido amplo* em dois grupos: (i) *conflitos em sentido estrito* e (ii) *colisões*.⁵⁵ Enquanto o *conflito em sentido estrito* se dá no âmbito da validade, que pode envolver tanto regras como princípios, a *colisão* ocorre na dimensão da aplicabilidade. O primeiro (*conflito em sentido estrito*) é resolvido pela invalidação de uma das normas conflitantes. O segundo (*colisão*), pelo fato de não envolver normas cuja validade esteja em xeque, não admite a solução através da invalidação.⁵⁶

Ponto crucial consiste em compreender, ainda, que regras não podem entrar em *colisão* com outras regras. Isto porque os conflitos (em sentido amplo) entre tais espécies normativas são resolvidos por meio de critérios clássicos como o da hierarquia, especialidade, e o cronológico. De outro lado, a *colisão* entre

⁵⁴ Artigo intitulado Princípios, regras, e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy.

⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 616-617.

⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 617.

regras e princípios é plenamente possível — hipótese cuja solução pode vir a admitir a superação de uma regra jurídica.⁵⁷

Em seguida, ao examinar os conflitos (em sentido amplo) normativos *no mesmo nível hierárquico*, Thomas Bustamante elenca as hipóteses mais frequentes e as suas respectivas possíveis soluções. São eles (i) o conflito (em sentido estrito) entre um *princípio* e uma *regra*, (ii) a colisão entre um *princípio* e um outro *princípio*, e (iii) o conflito (em sentido estrito) entre duas *regras*.⁵⁸

Quanto aos conflitos (em sentido amplo) normativos *em níveis hierárquicos diferentes*, a lista de possibilidades é ainda mais extensa: (i) conflito (em sentido estrito) entre uma regra constitucional e uma regra infraconstitucional; (ii) colisão entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional; (iii) conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional; (iv) colisão entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional; (v) conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional; e (vi) colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.⁵⁹

Em que pese exista um extenso rol de conflitos (em sentido amplo) normativos possíveis, especial atenção neste trabalho dedicamos à (vi) *colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional*. É que esta espécie de conflito (em sentido amplo) entre normas abarca verdadeiramente os casos mais difíceis em que, de modo excepcional, será admissível a introdução de

⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 617.

⁵⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 617-618.

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 619-620.

uma exceção na hipótese de incidência de uma regra.⁶⁰ Sobre este caso específico

Thomas Bustamante elucida que

O princípio constitucional P¹ não gera razões para se declarar a invalidade da regra R, mas apenas para se introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência. Nesse caso, pode-se falar em uma ponderação entre P¹ e o princípio P², que se esconde por detrás de R e lhe serve de fundamento axiológico. P² terá sempre ao seu lado os princípios formais, como o princípio da segurança jurídica e o princípio democrático, que estabelecem a regra da vinculação do juiz ao legislador positivo. Não obstante, casos anormais ou genuinamente excepcionais podem justificar a criação judicial de uma regra excepcional que derrote a norma R. A situação (6), que compreende os casos genuínos de decisões *contra legem*, só pode ser resolvida com a prioridade do princípio constitucional sobre a regra infraconstitucional, caso se admita uma decisão *contra legem*.⁶¹

Ante à ausência de correção prático-racional da norma jurídica extraída da regra, há que se cogitar, portanto, da possibilidade dessa norma ser superada (exceção na hipótese de incidência) pelo Judiciário mediante elevada carga de argumentação, o que teria como consectário uma decisão *contra legem*.⁶² Isto implica em dizer que “uma decisão *contra legem* pode ser justificada quando se puder estabelecer que embora uma regra R não seja inconstitucional, a sua aplicação no caso concreto leva a uma inconstitucionalidade”.⁶³

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 621.

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 621-622.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 622.

⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 622.

A teoria de Thomas da Rosa de Bustamante fornece, dessa forma, bases sólidas para que seja possível justificar *racionalmente* decisões *contra legem*. Por isto é que podemos afirmar que o teórico, a partir do raciocínio desenvolvido por Robert Alexy, concebe uma verdadeira teoria da argumentação *contra legem*, imprescindível para a resolução dos casos mais difíceis impostos pela realidade do mundo contemporâneo.

4. COVID-19 E DECISÕES *CONTRA LEGEM* EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A compreensão das (i) bases oferecidas pela teoria de Robert Alexy e do (ii) aperfeiçoamento proposto por Thomas da Rosa de Bustamante é condição indispensável para que seja possível consentir com uma teoria *racional* da argumentação *contra legem*. Ou seja, “[...] é essencial reconhecer que a teoria da argumentação dá critérios para aferir a correção de decisões judiciais e tal correção pode ser aferida mesmo nos casos mais difíceis, nos quais excepcionalmente se admite a argumentação contra a lei”.⁶⁴

Diante das premissas firmadas, passamos a verificar a possibilidade de decisões *contra legem* em matéria tributária, levando especialmente em consideração o contexto crítico posto pela pandemia da Covid-19.

Conforme exposto alhures, a pandemia, além de grave risco à saúde pública, possui uma série de implicações na seara econômica. Por tais razões é que uma tributação adequada a esta nova realidade se faz fundamental, de modo que seja possível manter o Estado e os contribuintes em condições de enfrentar o momento crítico. Obviamente, a implementação de medidas tributárias emergenciais efetivas reclama uma atuação conjunta e coordenada dos Poderes

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões *contra legem*. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 02, p. 154-178, 2011. p. 168.

Legislativo e Executivo, haja vista que ao Judiciário cabe apenas coibir eventuais ilegalidades e transgressões à ordem constitucional.

Ocorre que a margem de atuação (ou de omissão) do Legislativo e do Executivo encontra limites no próprio texto constitucional, quais sejam, os limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais. Deste modo, "os direitos e garantias constitucionais relativos à tributação cuidam exatamente de introduzir um núcleo essencial e incoercível de liberdades individuais a preservar em face da organização burocrática".⁶⁵⁻⁶⁶

Evidentemente que dos direitos e garantias constitucionais tributários são titulares os contribuintes, tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica, o que não poderia ser diferente, uma vez que esta é um arranjo institucional que visa precipuamente atender a necessidades humanas.⁶⁷

Por conseguinte, entendemos que o princípio da *capacidade contributiva* (artigo 145, § 1º, da CF) constitui parte do núcleo *essencial* e *incoercível* das liberdades individuais dos contribuintes, até mesmo com eficácia para a apuração de inconstitucionalidade da hipótese de incidência e da imposição tributária num caso concreto.⁶⁸ Neste ponto, preciso é o escólio doutrinário de Regina Helena Costa:

Em outras palavras, acreditamos ser permitido ao Poder Judiciário examinar *in concreto* o excesso de carga fiscal incidente sobre determinado contribuinte. Admitida a noção de

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1542.

⁶⁶ O STF possui entendimento de que as garantias dos contribuintes são cláusulas pétreas. Nesse sentido: STF; ADI 939; Tribunal Pleno; Relator: Min. Sydney Sanches; Data de Julgamento: 15/12/1993; Data de Publicação: 18/03/1994.

⁶⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 99-119, dez. 2016. p. 100.

⁶⁸ COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86.

capacidade contributiva relativa ou subjetiva, traduzida na aptidão específica de dado contribuinte em face de um fato jurídico tributário, lógico reconhecer-se ao juiz a possibilidade de apreciar se a mesma foi respeitada, à vista de pedido formulado nesse sentido.

Lembre-se que o princípio em exame apresenta representa garantia individual do contribuinte, sendo, portanto, natural que sua força resplandeça ainda mais diante de um caso concreto. Desse modo, o magistrado, ao entender, a aplicação da lei inconstitucional *in casu*, deverá negar-lhe os efeitos, em homenagem ao princípio.⁶⁹

Impende destacar, porém, que em certas ocasiões o contribuinte poderá ter sua *capacidade contributiva* reduzida apenas *momentaneamente*. Assim, não caberia ao juiz declarar a exação inconstitucional por excesso de carga fiscal, mas tão somente introduzir uma cláusula de exceção na regra específica que determina quando deve ser recolhido o tributo. É que nesta hipótese somente há que se falar da *colisão* entre o *princípio da capacidade contributiva* (nível constitucional) e a *regra* (nível infraconstitucional) que prevê o momento para pagamento do débito tributário.

Imaginemos, por exemplo, que a lei de certo município estabeleça uma *regra* no sentido de que os prazos para pagamento do ISS ocorrerão *mensalmente* para os contribuintes sujeitos a lançamento por homologação. Neste caso, ante a redução momentânea da capacidade contributiva de um contribuinte do ISS, haverá *colisão* entre o *princípio constitucional* e a *regra* estampada na lei municipal que define o período mensal para recolhimento do imposto. Isto porque a *regra* em atenção é válida, porém *irracional/injusta* quando consideradas informações adicionais, como a existência de grave crise econômica.

⁶⁹ COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86-87.

A respeito da *colisão* acima traçada, são preciosas as considerações de Thomas da Rosa de Bustamante no sentido de que

Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser normas absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada, à qual seria impossível admitir exceções. Se a distinção regra/princípio é adotada, então se deve reconhecer que as regras são normas superáveis. Os princípios constituem o material que será empregado na justificação da sua superabilidade.⁷⁰

Destarte, por não se verificar uma relação adequada entre a norma extraída da *regra* infraconstitucional e a realidade sobre a qual ela incide, desatendendo ao requisito da pretensão de correção (*claim to correctness*), a norma deverá ser excepcionalmente superada pelo órgão jurisdicional mediante uma decisão *contra legem*. Esta solução dependerá, consoante já exposto, do emprego *racional* dos postulados da *razoabilidade*, da *coerência* e da *proporcionalidade*. Do contrário a decisão *contra legem* deixa de ser um caso de aplicação do direito, passando a configurar usurpação de poder — *ativismo judicial*.

Por tais razões é que a admissibilidade de decisões *contra legem*, especialmente em matéria tributária, exige esforço argumentativo substancial. Afinal, como bem pondera Ávila,⁷¹ “o grau de resistência da regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos”.

Tudo o que foi até aqui exposto corrobora para a ideia de que — *excepcionalmente* — normas infraconstitucionais, até mesmo as de natureza

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010. p. 612.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 147.

tributária, podem ser derrotadas para se fazer valer a força normativa da constituição. Imaginar que através da legislação seria possível atribuir a cada caso, de antemão, uma solução infalível, seria acreditar que Poder Legislativo possui a capacidade de antecipar qualquer situação, o que transcende às capacidades humanas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pretendeu demonstrar que o exercício da função jurisdicional além dos limites estabelecidos pela Constituição deve ser sempre rejeitado, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes. Isto é, a presença de uma crise, seja qual for sua natureza — econômica, institucional ou política — não dá azo ao *ativismo judicial*.

Também se verificou que a implementação de medidas emergenciais para o enfrentamento da crise gerada pela pandemia da Covid-19, sobretudo em matéria tributária, depende de uma ação conjunta e coordenada dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário apenas coibir eventuais ilegalidades e transgressões à ordem constitucional. Isto não quer dizer, porém, que a margem de atuação (ou de omissão) do Executivo e Legislativo durante uma crise não possua limites; os direitos e garantias constitucionais constituem estes limites, uma vez que devem ser sempre assegurados e tutelados, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Especialmente em matéria tributária, a margem de atuação ou omissão do Poder Executivo e Legislativo encontra limites em função dos direitos e garantias constitucionais conferidos aos contribuintes. Portanto, quando as limitações do poder de tributar são direta ou indiretamente suplantadas pela esfera política, cabe ao Poder Judiciário assegurá-las.

Ademais, vimos não ser possível encontrar na legislação a solução infalível para todos os casos concretos, sobretudo os *mais difíceis*. Isto se dá em razão da imperfeição das leis, o que é absolutamente compatível com as limitações humanas.

Este quadro demonstra que em situações excepcionais, ante a ausência de correção (*claim to correctness*) de uma *regra* infraconstitucional, é possível se fundamentar *racionalmente* a superação da *regra* através de decisões *contra legem*, inclusive em matéria tributária. O material empregado para se justificar a *superação* da norma extraída da *regra* são os princípios. A *colisão* entre a norma infraconstitucional e o princípio constitucional deverá solucionada por meio da inserção de uma cláusula de exceção na hipótese de incidência da *regra*.

No contexto da crise econômica gerada pela pandemia, é *racionalmente* justificável a superação da *regra* infraconstitucional que imponha ao sujeito passivo da obrigação tributária o dever de recolher tributo numa data quando momentaneamente atenuada sua capacidade de contribuir. Nesta hipótese, há *colisão* entre a regra infraconstitucional que prevê o momento de recolhimento do tributo e o *princípio da capacidade contributiva*, de modo que o conflito (em sentido amplo) entre as normas deverá ser solucionado através da inserção de uma exceção à *regra* infraconstitucional tributária.

A introdução de uma cláusula de exceção na hipótese de incidência dessa *regra* (i.e., sua superação) terá como consequência jurídica, portanto, o diferimento do pagamento do crédito tributário constituído. Destarte, o contribuinte cuja capacidade contributiva esteja reduzida não experimentará as consequências fiscais (v.g., multa e juros) pela ausência de recolhimento no prazo previamente previsto pela *regra* tributária.

Vimos, porém, que a superação das regras demanda uma elevada carga argumentativa, que ultrapasse, inclusive, o ônus imposto pelos princípios formais.

A argumentação *contra legem* exige, outrossim, o emprego *racional* dos postulados da *razoabilidade*, da *coerência* e da *proporcionalidade*. Uma decisão *contra legem* que não observe estas orientações será *racionalmente* questionável e, portanto, poderá configurar *ativismo judicial*.

Conclui-se, pois, que as teorias de Robert Alexy, e o aperfeiçoamento logrado pela teoria de Thomas da Rosa de Bustamante, fornecem bases sólidas para uma argumentação *contra legem*. Desse modo, a partir das balizas fornecidas por estas teorias, é lícito ao Poder Judiciário, excepcionalmente, diferir a data de pagamento de tributos através de decisões *contra legem*.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Siilva. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 99-119, dez. 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A Covid-19 deve ensejar a criação de novos tributos?. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/consultor-tributario-covid-19-ensejar-criacao-novos-tributos>>. Acesso em: 13 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Saraiva Digital.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Diego Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo M. F. Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 163-190, jan./abr. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões *contra legem*. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 03, n. 02, p. 154-178, 2011.

VIERA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.