

## Alíquota zero das armas: ativismo “do bem” que faz mal ao Direito!



### 1. Explicando por que *não* existe “ativismo bom”

Já escrevi dezenas de colunas mostrando que não existe bom ativismo. O chamado “bom ativismo” nada mais é do que judicialização, isto é, quando a decisão preenche os requisitos de legitimidade, generalidade-universalidade e exigência de igualdade no que tange a transferência de recursos (são as três perguntas fundamentais já testadas e demonstradas e que estão presentes [no voto do Min. Gilmar no caso homeschooling](#)).

Por isso, permito-me, mais uma vez, afirmar: ativismo é behaviorismo jurídico; judicialização é algo contingencial. Judicializar é desejável em qualquer democracia. Ativismos não encontra elementos favoráveis. Mas para isso tem de saber separar o joio do trigo. Aliás, como falei dia desses em Congresso de tribunais de contas, o Brasil economizaria bilhões se aplicasse os critérios para diferenciar ativismo de judicialização. Mas parece que não adianta (ver [aqui](#), [aqui](#) e [aqui](#)).

### 2. A decisão sobre a alíquota da importação de armas

Assim, a decisão sobre a [alíquota das armas proferida](#) pelo Min. Fachin é ativista. Não há parametricidade atingida pelo ato do poder executivo. Onde a inconstitucionalidade?

Mas o que se tem, então? Simples. O STF, se acaso referendar a decisão do min. Fachin, irá dizer que (i) o STF (e não só ele, como qualquer juiz) *pode corrigir atos que isentem ou majorem alíquotas de produtos importados*, sempre que essa isenção ou diminuição prejudique a indústria brasileira (armas, alimentos, tratores etc.). Ou (ii) o STF irá dizer que pode sindicat atos do Executivo se do ato de importação decorra insegurança para a população (e não só armas). Portanto, uma decisão não é uma “simples decisão”. Há sempre algo que transcende.

---

O “precedente” aqui faz o quê, então? Inaugura duas “teses”: (i) a proteção monocrática da indústria nacional, numa análise econômica do direito, e (ii) o STF como guardião não da Constituição, mas da segurança das pessoas.

Sei que a decisão foi bem recebida. Claro: por juízos morais. Se sou contra armas, gostei, algo assim. Porém, se nos atentarmos, com um olhar epistêmico, sobre a legitimidade da decisão, veremos que é mais uma decisão que fragiliza os diálogos institucionais. Quando o judiciário não concorda com um ato ou uma lei, sente-se no direito de anular.

É evidente que, se uma lei ou um ato fere a Constituição, *deve ser assim declarado*, nas variadas formas que existem. Afinal, um ato normativo só tem validade se estiver em conformidade com a CF.

Porém, há que se demonstrar as razões pelas quais, por exemplo, um ato que isenta alíquota de importação não faz parte do Poder que possui o Presidente da República naquilo que chamamos de atos administrativos próprios de gestão das políticas públicas. Sim, porque, *se o STF pode corrigir a alíquota no caso de armas, poderá fazê-lo em qualquer caso de alíquota*. Qual será o limite?

Podemos não concordar com a referida isenção da "alíquota das armas". Eu não concordo. Mas não é disso que se trata. Não importa se eu me importo ou não com a importação.

### **3. Precedente? O que é isto? E as alíquotas?**

De tudo isso, permito-me também dizer que, de há muito, venho alertando para o "problema dos precedentes". Por quê? Porque precedentes são podem ser "fabricados". Eles resolvem problemas do passado e só contingencialmente são transformados em precedentes. Como bem disse o Min. Nunes Marques, *Judiciário cuida do passado. Legislativo, do futuro*.

O precedente mais famoso do mundo não é o caso *Marbury v. Madison*. O precedente é o que dele decorre. O precedente é extraído da *holding* da decisão. O precedente não tem relação com *Marbury* e nem com *Madison*. O precedente é: *O judiciário pode syndicar (leis) atos inconstitucionais do legislativo e do executivo*. A Constituição é rígida. Não é flexível. *Marbury v. Madison*, lido subsequentemente como precedente a partir dos tribunais que ali identificaram uma *holding*, é muito maior que *Marbury* e que *Madison*. Precedente não como regra, mas como aplicação dos princípios subjacentes à razão de decidir que fundamenta uma decisão pretérita, identificada como suficientemente paradigmática para ter força de precedente.

Então, mais uma vez, *quais são os problemas* da decisão do Min. Fachin? Dois: primeiro, porque não há parametricidade; segundo, pelo "precedente" que pode gerar. Explico: Da decisão não se retira "um precedente" (sim, sei que tem de passar pelo Plenário) como "*importação de armas não pode ter isenção de alíquota*" ou "*o STF pode inquirar de inconstitucional um ato administrativo do poder Executivo acerca da importação de armas*". Na verdade, armas não tem nada a ver. Como *Marbury v. Madison* é maior que *Marbury* e é maior que *Madison*, o possível e hipotético “precedente” aqui nada teria a ver com alíquota de arma.

*Marbury v. Madison* é maior que *Marbury* e é maior que *Madison*. Lembremos disso sempre que se falar

---

em um “sistema de precedentes” por aqui. E quando legitimarmos a tese do “bom ativismo”.

**POST SCRIPTUM:** Sempre é bom ressaltar que...

... assim como *Marbury v. Madison* é maior que *Marbury e Madison*, também minha crítica aqui transcende a qualquer tipo de pessoalização. Em outros tempos, talvez não fosse necessário dizer, *mas quando desacordos teóricos são lidos como ofensas* — basta ver os comentários frequentes em sites como é exatamente o caso da **ConJur** —, *é bom dizer*.

Não estou aqui falando do min. Fachin. Ele é um cavalheiro. Mais que isso: *é um democrata*. Estamos no mesmo barco, pois. Falo, sempre digo isso, como *amicus* da Corte. *Inimicus* ela já tem demais. Não é meu caso. Se critico essa decisão *é porque pretendo abordar problemas históricos que são anteriores a mim e ao ministro* e, infelizmente, seguirão ainda por muito tempo.

Falo da tese de que decisão judicial serve para corrigir problemas políticos – e o problema aqui é o “serve”, porque a premissa é a de que o Direito é (mero) instrumento (da política). Falo do sistema de precedentes que não-funciona-como-um-sistema-de-precedentes porque, por aqui, parece difícil entender o que é um precedente.

É *disso* que falo. Li a decisão de Fachin, respeito sua concepção de Direito, tenho outra. Desacordos teóricos são isso porque o Direito é um fenômeno interpretativo, afinal. Discordo pontualmente de argumentos do Ministro Fachin — (i) a alegação de iminência para decisão monocrática; (ii) a análise meio consequencialista, (iii) meio AED; (iv) uma reivindicação da proporcionalidade de Alexy, que já é tão recheada de problemas por si só (ver [aqui](#), [aqui](#), [aqui](#), ver o “Ponderação e Arbitrariedade” de Fausto de Moraes); (v) o uso *ad hoc* de princípios sem demonstração de sua aderência e de seu ajuste institucional —, mas disso não se segue que seja *o ministro Fachin* o problema.

*O problema é muito maior que ele, do que eu, que este texto, que esse caso específico*. É sobre o Direito brasileiro, sobre (i) o significado de precedentes, (ii) sobre princípios constitucionais, (iii) o papel do Poder Judiciário, (iv) sobre freios e contrapesos e (v) *sobre como aprendemos — ou podemos aprender — com essas discussões, na busca por localizar bem a Suprema Corte em seu papel institucional, tão fundamental à democracia*. Mais do que nunca, ainda, sempre, precisamos falar sobre o Direito. E as grandes questões epistemológicas.

**Date Created**

17/12/2020