# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

## DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

**ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA**

**RAYMUNDO JULIANO FEITOSA**

**HÉCTOR LÓPEZ GONZÁLEZ**

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
**Comunicação:**
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
**Eventos:**
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta, Raymundo Juliano Feitosa, Héctor López González – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-970-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito tributário. 3. Financeiro. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

## DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

---

## Apresentação

Novamente nos encontramos em um novo encontro internacional do CONPEDI na belíssima cidade de Montevidéu, Uruguai, cuja realização já se incorporou ao cenário jurídico internacional da América latina. A quantidade de pesquisadores, sejam eles doutores, mestres, doutorandos, mestrandos ou mesmo aqueles que desejaram simplesmente acompanhar, como muitos graduandos de direito, os trabalhos e seguramente aprender é devidamente proporcional à qualidade dos artigos apresentados em inúmeros "Grupos de trabalho" tendo seu conteúdo previamente objeto de avaliação estrita e rigorosa por parte do avaliadores designados pelo CONPEDI. O Grupo de trabalho que tivemos a honra de coordenador novamente nos chama a atenção pela inovação e novas perspectivas de interpretar o direito tributário e financeiro no Brasil sem embargo de contarmos com a participação de professores e pesquisadores uruguaios também que certamente agregaram valor aos conteúdos brilhantemente apresentados; e, na sequência, nos debates que os acompanharam. O aprendizado é claro, restando sempre ao final dos trabalhos aquele gostinho do quero mais já a o cenário fiscal, que vai de questões afetas ao direito financeiro à reforma tributária.

Chamou a atenção a preocupação externada por alguns autores quanto à percepção da tributação na sociedade brasileira, envolvendo não só impactos financeiros advindos muitas vezes de uma tributação ainda considerada injusta e extremamente regressiva - leia-se, em especial, os efeitos nocivos da tributação sobre o consumo cujo montante no Brasil representaria por volta de 2/3 da receita total obtida, alcançando toda a renda gasta pela população de baixa renda cuja reforma tributaria ainda em fase de regulamentação pretende pelo menos reduzir tal descompasso socioeconômico - sobre as camadas e estamentos sociais. Nota-se que a ignorância do brasileiro médio sobre o que paga e o que recebe é extrema, faltando uma política mesmo que simplista e genérica de comunicação entre o governo e a população que o sustenta.. A discussão sobre a reforma tributária e sua regulamentação tem inclusive incorporado palavras e expressões fora do habitual da área, como "cashback, split payment, IVA dual, neutralidade tributária, etc", que apenas reforçariam o enigma sobre como se desenvolve a tributação no pais e seus impactos sobre todos nós. O governo central tão logo sejam aprovadas os projetos de lei complementar PLCO 68 e 108 quando superadas as divergências políticas na busca de maior protagonismo entre a Câmara deputados e o Senado federal iniciar uma campanha nacional apresentando

informações mínimas com uma linguagem simples e coloquial para que o brasileiro tenha uma perspectiva geral do que paga, do que mudou e a razão de tal mudança.

Esperamos com fé e muita expectativa que a reforma tributária em fase de regulamentação, mote central atualmente de qualquer encontro que envolva discussão fiscal, tenha sem embargo de inúmeras críticas, dentre outras, quanto à perda de autonomia dos entes federados subnacionais e favorecimento de isenção ou alíquota reduzidas para alguns setores com maior poder de pressão sobre o parlamento, que tenhamos após a transição que se desenhou, no ponto de vista de justiça fiscal, uma sociedade mais igualitária e consciente de seus deveres e direitos.

# UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69 E OS MODELOS DE JUÍZES, SEGUNDO OST, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JÚPITER (PASSADO), HÉRCULES (PRESENTE) E HERMES (FUTURO).

# ANALYSIS OF THE VOTES ON THE MODULATION OF EFFECTS IN THEME 69 AND THE MODELS OF JUDGES, ACCORDING TO OST, IN THE SUPREME COURT: JUPITER (PAST), HERCULES (PRESENT), HERMES (FUTURE).

**Thiago Munaro Garcia**
**Ana Carolina Falqueiro de Souza**
**Raphaela Conte**

**Resumo**

O objetivo do presente estudo é refletir sobre os modelos mitológicos de juiz apresentados por François Ost em seu texto "Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz" e suas características. Para isso, cada modelo de juiz será explicado e comparado com os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento dos embargos de declaração que aplicaram a modulação de efeitos no Tema de repercussão geral n.º 69, em matéria tributária, relativo à incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É dentro dessa perspectiva que se torna possível a identificação do juiz do passado (Júpiter), do presente (Hércules) e do futuro (Hermes). Em seguida, pretende-se analisar a aplicabilidade dessas teorias, identificando o pensamento equiparado de cada juiz, idealizado por Ost, de forma comparativa entre os personagens mitológicos, utilizando o método de pesquisa lógico-dedutivo. Embora certas características dos modelos de juiz sejam perceptíveis em partes dos votos, o objetivo desta pesquisa é ilustrar de forma prática como a teoria pode ser aplicada a um caso específico, não se visa a categorização dos julgadores em si. Após a construção do referencial teórico, as decisões foram classificadas, revelando características significativas dos juízes Júpiter e Hércules, enquanto o juiz Hermes permanece como um ideal a ser alcançado.

**Palavras-chave:** François ost, Direito tributário, Repercussão geral, Modulação de efeitos, Embargos de declaração

**Abstract/Resumen/Résumé**

The aim of this study is to reflect on the mythological models of judge presented by François Ost in his text "Jupiter, Hercules and Hermes: three models of judge" and their characteristics. To this end, each model of judge will be explained and compared with the votes cast by the Justices of the Federal Supreme Court (STF) in the judgment of the motions for clarification that applied the modulation of effects in General Repercussion Topic No. 69, in tax matters, relating to the levying of ICMS on the PIS and COFINS calculation basis. It is from this perspective that it becomes possible to identify the judge of the past (Jupiter), the present (Hercules) and the future (Hermes). Next, we intend to analyze the applicability of

these theories, identifying the similar thinking of each judge, idealized by Ost, in a comparative way between the mythological characters, using the logical-deductive research method. Although certain characteristics of the judge models are noticeable in parts of the votes, the aim of this research is to illustrate in a practical way how the theory can be applied to a specific case, not to categorize the judges themselves. After constructing the theoretical framework, the decisions were classified, revealing significant characteristics of judges Jupiter and Hercules, while judge Hermes remains an ideal to be achieved.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** François ost, Tax law, General repercussion, Modulation of effects, Motion for resettlement

## 1. INTRODUÇÃO

Dos céus à terra, a incumbência de "dizer o Direito" já foi designada a Deus, às divindades e aos seres humanos, assim como, da pirâmide à rede, os modelos de juízes vão de Júpiter a Hermes. O jurista belga François Ost argumenta que, embora não exista um único modelo que descreva toda a complexidade do papel do juiz, é possível aproximar-se do problema através de três arquétipos representativos das diferentes abordagens da atividade judicante na contemporaneidade. O pensamento de Ost não faz apenas uma descrição comportamental das atividades do juiz enquadradas em figuras mencionadas, mas revela interpretações possíveis no campo jurídico ao longo do século XX, relacionadas à hermenêutica.

O objetivo que se pretende alcançar com a pesquisa é contextualizar as três figuras de juízes mitológicos trazidas no texto “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez” de François Ost, com os respectivos votos de alguns dos Ministros da Suprema Corte brasileira proferidos nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706/PR, que aplicou a modulação de efeitos ao Tema n.º 69 – a chamada “Tese do Século”. Tais abordagens serão iniciadas pela figura do juiz Júpiter e, logo em sequência, pela figura do juiz Hércules, chegando, por fim, à contextualização do juiz Hermes. Este artigo se propõe a examinar a atividade jurisdicional à luz dos modelos delineados por Ost, de maneira que, para tanto, utilizar-se-á o método lógico-dedutível, através da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, para identificar a transição do paradigma do juiz como mero aplicador da lei – "boca da lei" –, como no passado (Júpiter), para o modelo contemporâneo de juiz assistencialista (Hércules) e, por fim, o perfil do juiz do futuro (Hermes).

Estes contextos serão cruciais para identificar os modos de pensar de cada um, visando, assim, estabelecer a possível presença de características dos três tipos de juízes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento dos Aclaratórios no RE 574.706/PR. Embora exista uma certa dificuldade em encontrar, nas atividades judiciais, uma correspondência direta e pura com os arquétipos de Júpiter, Hércules e Hermes na realidade empírica, os juízes e tribunais reais, enquanto sujeitos históricos e empíricos, podem representar uma combinação das características desses três arquétipos, necessitando ser descritos com precisão, considerando suas semelhanças e diferenças em relação aos tipos ideais, conforme cada situação.

Os "modelos de juízes" mencionados podem ser vistos como "modelos de intérpretes", já que qualquer jurista enfrentando problemas interpretativos no fenômeno jurídico poderia

exibir as características apontadas para cada modelo de Ost. A escolha da figura do juiz em vez do intérprete é metodológica, pois é na atividade decisória do juiz que todos os aspectos do problema interpretativo se encontram.

## 2. OS MODELOS DE JUÍZES SEGUNDO A TEORIA DE OST: JÚPITER, HÉRCULES E HERMES

O estudo formalizado pelo jurista belga François, apresentado no artigo "Júpiter, Hércules, Hermes: Três Modelos de Juiz", publicado em 1993 na Revista espanhola Doxa, formalizou a análise dos modelos de magistrados ao longo da história utilizando-se da mitologia greco-romana. Segundo Ost, existem três perfis ideais de juízes que não apenas representam diferentes abordagens do direito, como também influenciam valores e discursos jurídicos, que informam e condicionam os limites e as possibilidades jurisdicionais. Sua análise revela divergências paradigmáticas na compreensão dos valores e discursos jurídicos, destacando a evolução do juiz estritamente dogmático e positivista (Júpiter), à ênfase na aplicação efetiva dos princípios (Hércules) e, em última análise, o surgimento de uma perspectiva pós-moderna de construção intersubjetiva para a solução de casos concretos (Hermes).

O primeiro modelo criado por Ost refere-se ao juiz Júpiter. Júpiter, segundo a mitologia romana, é o deus supremo do Olimpo, isto é, corresponde à Zeus. Assim, cabia a Zeus reger e regular e conduzir a vida dos deuses e dos homens. É nessa analogia que François Ost faz alusão ao juiz Júpiter, que a ele se relaciona um direito codificado, reduzido à simplicidade de um sistema fechado, de forma hierárquica e piramidal. A busca pela melhor solução a ser aplicada em casos concretos leva os limites discricionários do juiz a assemelharem-se aos superpoderes atribuídos à figura mitológica de Hércules. O juiz Júpiter adota uma abordagem dogmática e positivista, não admitindo alternativas para a realização do direito que não estejam definidas pelo Estado por meio de leis, as quais devem especificar claramente suas aplicações aos casos concretos.

O foco do juiz Júpiter é a lei, que expressa sua visão de direito, cabendo-lhe procedimentos técnicos e legalistas para seu fiel cumprimento. Possui o papel restrito de manter a ênfase na lei e no seu fiel cumprimento, pouco importando a realidade social de cada indivíduo. De acordo com essa perspectiva, o juiz não prioriza a garantia dos Direitos Fundamentais, mas sim a soberania estatal, de modo a afastar a análise da realidade social de cada indivíduo. Assim, considera as normas como únicas fontes de força cogente, de modo que

“o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (HABERMAS, 2011, p.193).

Verifica-se, portanto, que esse modelo reflete o conceito de juiz “boca da lei” à moda de Montesquieu, atuando como porta-voz das vontades do legislador (AZEVEDO, 2011, p. 33), de modo que a interpretação da lei está restrita ao texto normativo aplicado aos casos concretos, sem considerar alternativas que não estejam eventualmente previstas, aplicando-se a norma proveniente do topo da pirâmide normativa. Esta abordagem reflete a visão kelseniana da ordem jurídica como uma estrutura escalonada, na qual as normas inferiores são derivadas das superiores, culminando na norma fundamental ou “Grundnorm” (KELSEN, 1996, p. 217)

Assim, os positivistas do Direito, como Kelsen, defendem um sistema hierárquico de normas, onde estas são classificadas como superiores ou inferiores umas às outras, baseadas em seus fundamentos de validade. Nessa perspectiva, segundo o jurista:

> [...] por exemplo – Cristo ordenou que se amasse o semelhante, e nós postulamos como norma válida, definitiva, o enunciado “obedecerás aos mandamentos de Cristo”. Não aceitamos como norma válida o enunciado “mentirás sempre que o julgares proveitoso” porque ele não é derivável de outra norma válida, nem é, em si mesmo, uma norma definitiva, válida de modo auto-aplicável. Chamamos de norma “fundamental” a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter origem remontada a um mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade de norma fundamental que constitui a ordem. (KELSEN, 2005, p. 162-163)

Observa-se, neste modelo, a aplicação de um raciocínio dedutivo e silogístico, estabelecendo uma relação direta entre o caso específico e as disposições legais pertinentes, não reconhecendo outras formas de interpretação do direito que não a literal. Desse modo, é evidente que esse modelo se revela inadequado para enfrentar a complexidade contemporânea das relações jurídicas e os desafios associados à restauração dos fundamentos éticos do direito. A mera aplicação literal de uma codificação revelou-se ineficaz ao longo da história jurídica.

Considerando a limitação do modelo do juiz Júpiter em abordar a complexidade das relações jurídicas atuais, revisitando os três modelos de juízes delineados por Ost, surge a figura do segundo modelo: o Juiz Hércules. Tal modelo invoca a analogia ao deus Hércules, filho de Zeus. Na mitologia grega, Hércules foi submetido às doze tarefas, também conhecidas como “os doze trabalhos de Hércules”, após assassinar sua primeira esposa e os filhos resultantes dessa união. Desse modo, François Ost compara o juiz Hércules destacando sua associação com

uma tarefa laboriosa, que surge como uma forma de expiação por uma falta cometida, semelhante a uma dívida a ser saldada.

Trata-se de um juiz que considera que os fatos se sobrepõem à lei, colocando as decisões judiciais no centro do sistema jurídico. Hércules desloca a legitimidade das normas para os fatos e prioriza a resolução dos problemas, buscando efetividade na aplicação dos princípios, principalmente em casos de lacunas, indo além do modelo positivista. Assim, não se requer mais o papel meramente mecânico de aplicação da lei. O juiz passa a desempenhar a prestação jurisdicional considerando a construção do sentido do direito e sua finalidade. Os princípios estabelecidos pela Constituição, por sua vez, ganham um papel vinculativo na interpretação legal. Tal entendimento está de acordo com o pensamento de Kant, pois sustenta que, apesar dos costumes constituírem-se em um sistema normativo interno, há que se reconhecerem os princípios de aplicação e princípios morais universais. Com isso, a teorização da moral imprescinde de organização metodológica (BECHO, 2009, p. 48).

Esse modelo de juiz se assemelha à *common law*, ao realismo americano e à jurisprudência sociológica, onde a jurisprudência é valorizada, atendendo à percepção de Robert Alexy (2006, p. 162), na qual reconhece tanto regras quanto princípios como normas cogentes. Essa abordagem pragmática o liberta de fundamentar suas decisões exclusivamente em normas jurídicas, focando no que é melhor para o futuro da comunidade. Isso abre espaço para uma discricionariedade forte, onde não há parâmetros definidos para as decisões, podendo ser influenciadas por fatores diversos.

Dentro do conceito de juiz Hércules para Ost, convêm relacioná-lo com o Juiz Hércules de Dworkin, tecendo suas divergências. Hércules é introduzido em um artigo de 1972, posteriormente republicado como o capítulo 4 na obra "Levando os direitos a sério", e reaparece como uma figura central no capítulo 6 de "O império do direito". Para essa análise, Dworkin, em sua obra "O Império do Direito", elabora o conceito de Hércules como "juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade" (DWORKIN, 1999, p. 287). Para o autor, o Juiz Hércules surge dotado de habilidades sobre-humanas e com tempo infinito à sua disposição para realizar uma interpretação abrangente de todo o direito que governa sua comunidade de uma só vez. Dworkin tece as seguintes perspectivas acerca do juiz Hércules:

> A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas

> ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com freqüência, os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-las a quem? Não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou se houver uma razão será preciso mudar o processo de seleção de juízes, e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar. Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica da decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade. (DWORKIN, 2010, p. 203).

De modo diverso, Habermas confronta o juiz idealizado por Dworkin, por se tratar de "teoria pretensiosa", que não abrange às necessidades da realidade jurídica e se limita à construção de teoria do direito, e não de uma teoria da justiça (HABERMAS, 2011, p. 262-263). Na perspectiva de Cass Sustein:

> Hércules, na opinião de Dworkin, 'mostra-nos a estrutura oculta dos julgamentos comuns 'e, assim, deixa-as abertas ao exame e à crítica'. Sem dúvidas, Hércules visa a uma 'teoria abrangente' de cada área do direito, ao passo que os juízes comuns, incapazes de examinar todas as linhas de investigação, devem visar a uma teoria que é 'parcial'. Contudo, os julgamentos 'feitos por Hércules acerca de adequação e a moralidade política são feitos a partir do mesmo material e são da mesma natureza que os dos juízes. São estes aspectos que estou negando aqui (SUSTEIN, 2018, p. 50).

Desse modo, busca-se evitar as deficiências das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, elucidar através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode atender simultaneamente às demandas da segurança jurídica e da aceitabilidade racional (HABERMAS, 2011, p. 252). Em tal modelo o juiz empreende uma reconstrução racional e coerente do direito em vigor, fundamentada não apenas na legislação positivada, mas também em uma interpretação moral dos direitos individuais (DWORKIN, 1999, p. 298). Este modelo se fundamenta na variabilidade da noção de justiça ao longo do tempo e no espaço, tornando o conceito de direito relativo. Portanto, cabe ao aplicador local interpretar o direito de acordo com os ideais de justiça presentes em sua cultura e com as funções que lhe são atribuídas.

A interpretação de Hércules concebida por Dworkin integra a teoria ideal com a prática jurídica, já em uso, mas não universalmente aplicável no contexto jurídico. Adaptações requerem evidências empíricas robustas do ambiente institucional, como sugerido por Sunstein, considerando as capacidades do judiciário e de suas instituições. Na perspectiva de Ost, o Hércules Dworkiano representa um agente monopolizador da jurisdição, em que o direito se reduz aos fatos e torna indiscutível a materialidade da decisão. Entretanto, Ost negligencia o

fato de que a coesão e a integridade, características do modelo de Dworkin, constituem uma blindagem contra aquilo denominado de modelo Herculano (STRECK, 2007, p. 369).

Nesse contexto, a proposta de Ost apresenta Hércules como uma ferramenta para revelar a estrutura subjacente do raciocínio jurídico, ampliando-a. Ele desenvolve uma teoria para resolver casos de fora para dentro, enquanto juízes reais pensam de dentro para fora, de modo que a aplicação das normas ao caso concreto se sobressai à generalidade e abstração da lei. Apesar das diferentes abordagens, ambos compartilham o mesmo modo de raciocinar e conteúdos justificativos a conectar aos casos, essencialmente.

Antes de introduzir sua visão ideal de juiz, o jurista belga observa que os modelos anteriores (Juiz Júpiter e Hércules) estão em crise, pois oferecem uma representação simplificada da situação de sua época e não atendem às necessidades de um direito adequado às demandas da pós-modernidade. Consequentemente, Ost propõe a concepção de um paradigma que, primariamente, se fundamenta na representação de dois modelos que simbolizam as polaridades da justiça (Júpiter e Hércules), traçando uma terceira figura habilitada a responder de forma efetiva a atual proliferação de teorias, discursos e valores no contexto jurídico, isto é, o juiz Hermes. Assim, Ost introduz outro modelo de juiz, que destaca a interconexão de vários pontos, abrangendo todas as possibilidades do direito, simbolizando um avança ao convencionalismo de Júpiter e ao "invencionismo" de Hércules (STRECK, 2007, p. 369).

De acordo com a mitologia grega, Prometeu era considerado o único detentor das habilidades técnicas que ele compartilhou com os homens, enquanto a virtude estatal, ou seja, a justiça, teria sido distribuída entre os homens por Zeus através de Hermes (KELSEN, 2008, p. 277). Assim, Ost utiliza da mitologia para criar a figura de um juiz ideal, que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores Jurídicos e políticos e considerando o direito em todas as suas possibilidades (OST, 1993, p. 172). O Juiz Hermes considera soluções diante da natureza indeterminada e em constante evolução do direito, mantendo uma desconfiança em relação a discursos de verdade únicos e imutáveis.

Nesse contexto, destaca-se a importância do intérprete, que atribui significado a textos normativos, reconhecendo que a justiça não reside apenas no conteúdo da norma ou nos fatos, mas se dispersa em uma rede de práticas e discursos diversos. Assim, o juiz passa a ser um grande mediador e comunicador, visando "dizer o direito" de maneira intersubjetiva, considerando o caráter inacabado do direito. Recusa-se a hegemonia na interpretação. Para o novo modelo de Ost a justiça não reside apenas no texto da lei nem nos eventos factuais, mas

está dispersa em uma rede de diversas práticas e discursos, onde há uma conexão de diversos discursos ainda que divergentes.

A figura de Hermes, deus que comunica – e, consequentemente, elucida – o teor da mensagem dos deuses para os mortais (STRECK, 2006, p. 430), representa, para Ost, um modelo que reconhece a natureza hermenêutica e reflexiva do pensamento jurídico, não se limitando a imposições ou pré-determinações. Hermes, quase tão perspicaz quanto Hércules e igualmente paciente, também adota a visão do direito como integridade, bem como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação. Ele considera a legislação como uma forma de comunicação, buscando aplicar as leis ao descobrir a vontade comunicativa dos legisladores, isto é, o que estavam tentando expressar. Por ser autoconsciente em suas ações, Hermes reserva tempo para refletir sobre cada uma das escolhas que precisa fazer para implementar a teoria da intenção do locutor (DWORKIN, 1999, p. 382).

Sob esse prisma, conforme se abordará no próximo capítulo, ao conectar a análise dos modelos de juízes segundo a teoria de Ost – Júpiter, Hércules e Hermes – com a investigação dos votos proferidos na modulação de efeitos do Tema 69, no contexto do Supremo Tribunal Federal, é possível estabelecer uma ponte entre as abstrações teóricas e sua aplicação prática. Ao identificar os argumentos dos votos de alguns Ministros com os modelos de juízes de Ost, é possível compreender como as diferentes perspectivas jurisdicionais influenciam o posicionamento dos magistrados em casos concretos, delineando, portanto, uma análise mais precisa e contextualizada das práticas judiciais no tempo.

## 3. ANÁLISE DE CASO CONCRETO: OS VOTOS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69 E OS MODELOS DE JUÍZES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apresentado o panorama teórico que circunda a ideia de François Ost, parte-se para uma análise pragmática da aplicação da modulação de efeitos no Tema n.º 69 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), identificando, através dos votos proferidos pelos Ministros, um exemplo de Júpiter, Hércules e Hermes. Antes disso, porém, importa mencionar que o referido tema tratava de um caso envolvendo direito tributário, em que se discutia a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Nos termos do art. 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o PIS e a COFINS são contribuições sociais federais que incidem sobre a receita ou o faturamento

das empresas, podendo ser cobradas a partir de uma sistemática cumulativa, pelo regramento da Lei n.º 9.718/1998, ou uma sistemática não-cumulativa, conforme as Leis n.º 10.637/2002 (para o PIS) e 10.833/2003 (para a COFINS). Já conforme o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, da CF/88, o ICMS incide justamente sobre a circulação de mercadorias e sobre determinadas prestações de serviços, sob a sistemática não-cumulativa, ou seja, sendo compensado o montante devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, pelo Estado ou Distrito Federal.

Assim, na perspectiva do ente arrecadador, considerava-se que os valores decorrentes de vendas de mercadorias, produtos ou serviços, incluíam o ICMS e que, portanto, faziam parte da receita bruta ou do faturamento da empresa, sendo tributáveis pelo PIS e COFINS. Por entender que o ICMS não deve compor a receita bruta ou o faturamento, já que a destinação do imposto são os Estados ou o Distrito Federal, os contribuintes judicializaram a controvérsia.

Ao chegar no STF pelo RE n.º 574.706/PR, o caso foi indicado como representativo de controvérsia – art. 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC) – e submetido à Repercussão Geral – art. 1.035, § 1º, do CPC – mediante o Tema n.º 69, tornando-se um verdadeiro "□*eading case"* em matéria tributária. Cerca de uma década depois de ser apresentado à Suprema Corte, no dia 15 de março de 2017, finalmente houve o julgamento do mérito da chamada "tese do século", oportunidade em que foi fixado o seguinte entendimento: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (BRASIL, 2017).

Ocorre que a União, através da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que representava a parte recorrida, acabou opondo Embargos de Declaração após o julgamento do mérito, demonstrando as razões pelas quais acreditava ser imprescindível a aplicação da modulação de efeitos ao caso. Considerando que, para o presente trabalho, importa analisar exclusivamente os votos proferidos no julgamento dos Aclaratórios, fazendo um paralelo com os modelos de juiz de Ost, o recorte metodológico a partir de então será este.

Neste contexto, ao mencionar Júpiter, Hércules e Hermes como "tipos ideais", não se está referindo a um juiz específico ou a um grupo de juízes historicamente identificáveis e empiricamente determináveis, mas, a partir de certas características específicas dos casos concretos – mais especificamente dos votos proferidos pelos Ministros do STF – é possível aproximar-se, comparar e discutir casos empíricos com a classificação proposta por Ost. Portanto, ainda que em partes dos votos seja possível verificar claramente as características dos modelos de juiz, a intenção deste trabalho é apenas demonstrar, de forma pragmática, a aplicação da teoria de Ost ao caso concreto (Tema 69/STF).

### 3. 1 Júpiter e o passado

Antigamente, por volta do século XVIII, o papel do juiz era tão somente dizer a lei – daí a expressão "juiz boca da lei" (MONTESQUIEU, 2000. P. 175) –, realizando uma aplicação legislativa calcada em método eminentemente subsuntivo e atuando como guardião do Estado liberal. Esse conceito mecânico da função jurisdicional relembra exatamente as características do juiz Júpiter, que adota uma abordagem dogmática e positivista, não admitindo alternativas para a realização do direito que não estejam definidas pelo Estado por meio de leis. Assim, observou-se alguns votos no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 574.706 que expressam esta mesma visão de direito: hierárquica e piramidal.

Muito embora, à época do julgamento, o Brasil e o mundo todo estivessem passando por uma crise sanitária causada pela pandemia do coronavírus, os votos que serão apresentados a seguir demonstram a importância de manter a ênfase na lei e no seu fiel cumprimento, dentro do espaço semântico permitido pela norma jurídica superior (Constituição), em detrimento da realidade social vivenciada. Esta conduta é observada com clareza, a título de exemplificação, no voto do Ministro Edson Fachin, que, ao rejeitar o pedido fazendário de modulação dos efeitos da decisão, entendeu que (BRASIL, 2021):

> [...] eventual modulação promoveria resultados fáticos considerados incompatíveis com o nosso ordenamento jurídico, visto que haveria a convalidação de cobranças consideradas inconstitucionais. [...] A perda de arrecadação não é argumento idôneo a permitir que os efeitos de lançamentos inconstitucionais, que agridem direitos fundamentais dos contribuintes, sejam mantidos. [...] a admissão da modulação neste caso propiciaria que consequências jurídicas fossem preteridas em relação às financeiras, o que contraria a ideia do Estado Democrático de Direito.

A linha de raciocínio seguida pelo Ministro Fachin, cuja essência é apresentada pela transcrição das partes citadas anteriormente, demonstra o caráter essencialmente lógico-formal adotado, recorrendo ao processo de subsunção do fato à norma e utilizando-se de recursos de interpretação como o silogismo jurídico: a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS foi declarada inconstitucional (premissa maior), a aplicação de modulação de efeitos à decisão poderia trazer resultados práticos incompatíveis com o ordenamento jurídico e, por isso, aplica-la seria o mesmo que convalidar uma cobrança inconstitucional (conclusão). Além disso, nota-se que, ao elevar a importância e a necessidade de observação do texto legal, o Ministro Fachin rechaça os argumentos levantados pela Fazenda Nacional nos Embargos, sobretudo referentes à perda de arrecadação que a declaração de inconstitucionalidade da

cobrança traria, afirmando que as consequências jurídicas deveriam predominar sobre as consequências práticas voltadas à realidade social.

O Ministro Marco Aurélio, seguindo uma diretriz de raciocínio bem similar, traz de forma clara uma visão jupiteriana ao votar pela rejeição da aplicação da modulação de efeitos ao caso, nos seguintes termos (BRASIL, 2021):

> O Supremo está compelido a respeitar os ditames constitucionais. Está compelido a respeitar o devido processo legal. [...] julgando esse recurso, estará o Tribunal assentando que a Constituição Federal apenas vigorará daqui para a frente, só terá eficácia a partir do pronunciamento do guarda, como se não fosse um documento rígido, de eficácia imediata. [...] quanto à modulação, permito-me acreditar que ainda há, no País, direito a ser observado, a ser observado principalmente pelas pessoas jurídicas de direito público.

Nesse caso, é possível verificar a relevância que o Ministro Marco Aurélio dá para as normas constitucionais, de modo que tenta, a todo momento, recordar que, como principal órgão responsável pela guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve respeitar os ditames emanados por ela, bem como a sua rigidez e eficácia imediata. Ou seja, aqui fica nítida, mais uma vez, a característica de Júpiter voltada à visão hierárquica e piramidal do direito.

Também rejeitando o pedido de modulação, a Ministra Rosa Weber, além de reforçar a importância de se ater aos ditames legais e constitucionais, assim como os Ministros Fachin e Marco Aurélio, traz uma certa preocupação com o consequencialismo (BRASIL, 2021):

> [...] a segurança orçamentária não foi critério escolhido pelo legislador como causa para modulação, sob pena desta ser a regra sempre que envolvidas questões tributárias e financeiras. [...] o consequencialismo não pode servir de fundamento primeiro e proeminente nas decisões judiciais, sob pena do Estado de Direito ser subvertido pelo Estado de fato, o qual, em muitas oportunidades, é informado por interesses parciais.

Por se tratar de um tema complexo e que dificilmente se esgotaria em poucas linhas, não haverá aprofundamento neste trabalho no que se refere ao consequencialismo, apenas uma breve noção introdutória, para contextualizá-lo de acordo com o trecho do voto da Minsitra Rosa Weber. A expressão pode ser compreendida como "a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente" (GANDRA, 2020, p. 217). O que dá azo a um juízo consequencialista é a consideração dos impactos de uma decisão judicial na realidade, excetuando-se os efeitos que já são determinados por normas e, consequentemente, são relevantes ao mundo e à linguagem do direito – como exemplo, cita-se

o artigo 102, § 2º, da CF/88[1], que estabelece que a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante é uma consequência da decisão definitiva de mérito proferida pelo STF nas ações declaratórias de (in)constitucionalidade; consequência, esta, que é propriamente jurídica. Por óbvio, a referida decisão também pode produzir efeitos no mundo, e são justamente estes que acabam prevalecendo para o consequencialismo, que possui como campo fértil a modulação de efeitos (ABBOUD, 2020, p. 760).

Após realizar o paralelo das características do juiz Júpiter, como apontado por Ost, com os votos dos Ministros proferidos no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, percebeu-se que os Ministros Rosa Weber, Edson Fachin e Marco Aurélio apresentam linhas de raciocínio e argumentos que são particulares a este modelo de juiz, que possui suas raízes mais fortes nas atuações judiciais dos séculos passados, como aponta Renato Becho "o regime jurídico do *III Reich* era de certa forma respaldado por uma filosofia positivista" (p. 213), de modo que o critério de aplicação do direito se baseava na lei vigente, afastando a análise da violação de princípios e os reflexos de sua aplicação.

### 3.2 Hércules e o presente

Já em meados do século XX, a concepção formalista de Direito havia sido superada em razão dos eventos histórico-políticos, abandonando a noção da estrutura para chegar à função, alterando de forma significativa, mais uma vez, o papel do juiz, que agora passava de "juiz boca da lei" para "juiz-assistencialista". A partir de então, o juiz passa a ser verdadeiro hermeneuta, intérprete e aplicador, valorizando os fatos e não ficando adstrito apenas as abstrações e conceitos teóricos. Eis, portanto, o momento em que o modelo jupiteriano fica no passado, abrindo espaço ao juiz Hércules, que constrói o direito transformando a generalidade e abstração da lei em concretudes. Típico do Estado Social, este modelo judicial é caracterizado por sobrepor os precedentes à própria legislação, de modo que, ao inverter a pirâmide, desloca a legitimidade das normas e prioriza a resolução dos problemas pela aplicação dos princípios. Desse modo, o precedente reiteradamente utilizado pelo tribunal não é uma mera norma individual, mas exerce a função de norma geral (BECHO, 2009, p. 128).

[1] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ainda analisando os votos dos demais Ministros no julgamento dos Embargos de Declaração do RE 547.706/PR, foi possível notar, em alguns deles, as características proeminentes do modelo herculano. No voto do Ministro Luiz Fux – Presidente do STF na época –, por exemplo, vislumbram-se fundamentos a favor da aplicação da modulação de efeitos mais voltados à realidade vivida no período pandêmico e a importância de manter as receitas públicas para satisfazer as necessidades coletivas do que fundamentos voltados aos critérios e requisitos da lei (BRASIL, 2021):

> A surpresa que nos impõe uma modulação está muito mais vinculada, como aqui se destacou, ao momento pandêmico e à garantia de governabilidade. Temos de compreender que o Estado arrecada tributos para a satisfação das necessidades coletivas e as empresas pagam tributos exatamente para colaborar com esse desígnio estatal.

Essa posição é vista com clareza também no voto do Ministro Dias Toffoli, que declara a necessidade de modular os efeitos para atender a crise nas contas públicas, majorada pelo cenário da pandemia, quando afirma que "o cenário atual, contudo, a meu ver, não permite tamanho impacto nas contas públicas" (BRASIL, 2021).

Além dos Ministros supramencionados, o Ministro Nunes Marques e o Ministro Alexandre de Moraes, respectivamente, votaram pela aplicação da modulação sob os mesmos fundamentos, dando ênfase à estimativa do valor a ser restituído pelo Estado aos contribuintes a título de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, que poderia vir a quebrar o orçamento público e pôr em risco às ações de enfrentamento à pandemia (BRASIL, 2021):

> Não estamos diante de qualquer valor indevidamente recolhido pelo contribuinte e possível de ser restituído, mas sim de um quadro excepcional que, em seu conjunto, põe em risco a própria estruturação do Estado e do respectivo equilíbrio orçamentário e financeiro deste. Ainda que os cálculos do impacto possam não ser precisos, tomando apenas como parâmetro os valores constantes tanto na LDO quanto no provisionamento do Balanço Geral da União, não podemos ignorar, no ponto, a representatividade do montante envolvido. (MARQUES, BRASIL, 2021).
>
> A realidade das finanças públicas do País justifica essa excepcional modulação, em vista do interesse público na preservação, tanto quanto possível, da higidez fiscal do Estado, em prol da continuidade dos esforços de enfrentamento da pandemia da Covid-19, e de outras ações governamentais de relevância social. (DE MORAES, BRASIL, 2021).

Vê-se, desta forma, que os votos transcritos acima notoriamente se preocupam mais com as consequências que a eventual não aplicação da modulação de efeitos traria à realidade social, ou seja, preocupando-se mais com os fatos do que com os limites legais postos pela Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 – legislação que regulamenta a possibilidade de modular

os efeitos de decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Esta característica realçada em Hércules, e presente em determinados argumentos dos votos ora citados, de observar o direito por meio do que os tribunais dizem que ele é – *the law is what the courts say it is* (WALD, 1990, p. 290) –, e não por meio do que se encontra positivado, muitas vezes acaba sendo a porta de entrada para o realismo jurídico, que se torna combustível para o ativismo judicial.

Assim como salientado pela Ministra Rosa Weber acerca da utilização de fundamentos consequencialistas, que podem subverter o Estado de Direito para o Estado de fato, o realismo e o ativismo podem fazer o mesmo. Embora este não seja o foco do trabalho, é importante, para trazer maior clareza às ideias, conceituar os institutos: enquanto o realismo jurídico se baseia no protagonismo do Judiciário, diante do ceticismo em relação às normas (STRECK, 2020, p. 377), o ativismo judicial, apesar de polissêmico, pode ser entendido como uma forma de interpretação em que se expandem conceitos para atingir situações não expressamente previstas na lei e na Constituição (BARROSO, 2012ª, p. 25).

Foi possível perceber, após realizar o paralelo com as características do juiz Hércules como apontado por Ost, que os votos dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Nunes Marques e Alexandre de Moraes proferidos no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR apresentam linhas de raciocínio e argumentos que são particulares a este modelo de juiz, mais amplamente conhecido na atualidade, por sua postura ativista, que decorre do entendimento de que há textos legais que são válidos, pois respeitam o processo legislativo, entretanto, não são eficazes aos casos concretos, necessitando uma análise além da singularidade da norma, abrangendo suas consequências no mundo fático (BECHO, 2009, p. 192).

### 3.3 Hermes e o futuro

Hermes, aquele que é um ideal de juiz a ser perseguido pelo Poder Judiciário, aquele que é capaz de se comunicar tanto com os homens quanto com os deuses. O modelo de juiz que consegue transitar entre o céu, o inferno e a terra, de modo que a ligação em rede de Hermes "se propõe, pois deita-se sobre a especificidade do caso em busca da melhor solução tão prezada em Hércules, ao mesmo tempo que mantém a hierarquia advinda da codificação de Júpiter" (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 388). Hermes representa uma constante circulação de significados que transcende códigos e processos, operando em uma escala universal com

linguagem e hermenêutica. Sua atuação não se limita à improvisação nem à aplicação de regras superiores, mas dialoga com todos os valores da pós-modernidade.

No entanto, enfrenta desafios, como a crescente judicialização da política, exigindo do juiz o delicado equilíbrio entre proteger direitos e respeitar os outros poderes, destacando a importância da distinção entre ativismo e protagonismo judicial. Hermes é o modelo ideal de juiz que o Poder Judiciário deve aspirar, capaz de comunicar-se tanto com humanos quanto com divindades, transitando entre diferentes esferas. Ele busca a melhor solução para casos específicos, valorizando a abordagem de Hércules, ao mesmo tempo em que respeita a hierarquia derivada da codificação de Júpiter.

Os juízes que seguem a abordagem de Hermes não se limitam a uma única teoria do direito em suas atividades judiciais. Em vez disso, buscam integrar aspectos relevantes de várias teorias, criando uma rede de conexões tanto teóricas quanto práticas. Eles combinam elementos da moldura de Kelsen, da integridade de Dworkin e princípios como equidade e devido processo legal para promover um senso de justiça na aplicação do direito e a maior de efetividade da prestação jurisdicional.

O sistema de justiça caminha em direção do modelo do juiz Hermes, atuando em colaboração com as outras partes, priorizando soluções consensuais que visam resolver o conflito em sua totalidade, não apenas o processo, e trabalha para encontrar soluções de longo prazo. Hermes continua a evoluir, enfrentando desafios do direito pós-moderno, como legislações supranacionais, novos atores legislativos e a concepção de um Estado desjudicializador, que busca devolver aos cidadãos autonomia na autocomposição de conflitos. Essa dinâmica é evidenciada pelas mudanças legislativas em curso.

Embora não se tenha encontrado um juiz em que suas ideias acerca da modulação de efeitos se enquadrem precisamente na concepção do Juiz Hermes, dentro da análise das decisões da Suprema Corte, sua figura idealizada representa uma aspiração para o futuro da magistratura, refletindo a busca por uma justiça mais abrangente e adaptável às demandas da sociedade contemporânea. Com base na exposição apresentada, pode-se inferir que, apesar da coexistência dos três modelos idealizados de juízes em nosso sistema jurídico, há uma tendência crescente em direção ao modelo do juiz Hermes no sistema de justiça.

O juiz Hermes defende a importância dos direitos fundamentais, estabelecendo limites para sua própria interpretação discricionária. Assim como a figura mitológica de Hermes, que mediava entre deuses e humanos, ele valoriza as bases dessas relações. No entanto, ao interligar questões, ele enfrenta dilemas globais cujas consequências ainda não estão totalmente compreendidas. Apresentando-se como o meio termo entre Júpiter e Hércules, Hermes mostra o

equilíbrio entre o objetivismo-subjetivismo, embate eclarecido por Lenio Streck mediante a peça de teatro “Medida por Medida” de Shakespeare, em que “um dia o texto é tudo; no outro, o texto é nada”:

> Shakespeare, no início do século XVII, antecipou a discussão hermenêutica que será o centro das preocupações dos juristas do século XIX até os nossos dias. Entre as várias peças, há uma em especial, escrita por volta de 1604, chamada Medida por Medida. A estória se passa em Viena. O Duque Vivêncio, em face de um quadro de desordem e corrupção de costumes, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia. Sob novo comando, a guarda prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, sua namorada. Incontinenti, é condenado à morte por Ângelo. Cláudio, então, pede a sua irmã Isabela para que interceda por ele junto a Ângelo. Isabela busca persuadir Ângelo. Este diz que Cláudio é um transgressor da lei e que ela estaria perdendo o seu tempo. Diz, também, que no contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela a palavra do poder: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”. Isabela retorna no dia seguinte e insiste na tese. Ângelo se mantém irredutível. Entretanto, enquanto falava, a concupiscência tomava conta de Ângelo, vendo que por debaixo das vestes de Isabela (ela estava vestida com roupa de noviça) um belo exemplar da espécie humana se escondia. Assim, em um instante, Ângelo, aquele “poço de virtude”, transmuda-se, dizendo à Isabela que “se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado”. De escravo da lei, de escravo da estrutura, do “que está dado”, Ângelo se transforma em “senhor da lei”, “senhor dos sentidos”. Do extremo objetivismo, Ângelo vai ao completo subjetivismo. (STRECK, 2018, p. 325-326).

Assim como “Medida por Medida” de Shakespeare revela um embate entre objetivismo e subjetivismo na tomada de decisões morais, o modelo de juiz Hermes, concebido por Ost, representa um equilíbrio entre essas duas perspectivas no contexto jurídico. Enquanto os personagens da peça enfrentam dilemas éticos que oscilam entre princípios rígidos e interpretações mais flexíveis, o juiz Hermes encarna a busca por uma justiça que harmonize elementos objetivos da lei com considerações subjetivas das circunstâncias individuais, destacando-se como um mediador entre essas abordagens aparentemente contraditórias. Assim, Hermes figura como um ideal a ser observado e perseguido pelos julgadores, isto é, o juiz de amanhã, atuando de maneira a não se ater ao texto da lei nem nos eventos factuais, mas disperso em uma rede de diversas práticas e discursos, adotando a visão do direito em sua integralidade.

## 4. CONCLUSÃO

Em uma análise temporal, Júpiter representa o juiz do passado, vinculado à teoria de Kelsen, o juiz “boca da lei”, enquanto Hércules simboliza o modelo atual, vinculado à obediência aos princípios, ambos insuficientes para lidar plenamente com os desafios contemporâneos do Direito. Surge a necessidade de um juiz presente, capaz de analisar com

equilíbrio direitos e princípios, evitando soluções simplistas diante da complexidade dos fatos. Para enfrentar os desafios da contemporaneidade, é preciso que o juiz adote uma abordagem mais comunicativa e dialógica, sem perder de vista o texto e seu contexto, buscando construir soluções em conjunto com os diversos atores envolvidos.

No modelo de Hermes, o juiz opera com um "direito líquido", caracterizado pela sua plasticidade que permite a adaptação a contextos imprevisíveis sem perder sua essência, representada pelos princípios jurídicos. Estes princípios, fluidos e adaptáveis, preenchem lacunas em meio às normas rígidas, que muitas vezes refletem concepções antiquadas do direito. Assim, o direito permanece com suas propriedades, porém flexível para acompanhar as rápidas mudanças sociais e o fluxo de verdades pós-modernas.

A partir de tais premissas o estudo abordou a comparação dos modelos apresentados por Ost através da perspectiva dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca da modulação de efeitos do Tema 69, pautado na não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Da análise dos votos dos Ministros, foi possível observar que, em alguns trechos, resta visível a adequação dos juízes descritos por Ost com os fundamentos trazidos: pelas características de Júpiter, identificaram-se os fundamentos trazidos pelos Ministros Rosa Weber, Edson Fachin e Marco Aurélio, que, ao rejeitarem o pedido fazendário de modulação de efeitos, deram enfoque na lei e aos limites impostos pela Constituição, não considerando como fundamento as consequências que a decisão traria à realidade social; em consonância às peculiaridades do modelo herculano, o paralelo realizado encontrou similaridade com trechos de votos dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Nunes Marques e Alexandre de Moraes, os quais levantaram argumentos voltados à necessidade de modular os efeitos da decisão para evitar danos maiores, em termos financeiros, ao cenário pandêmico vivenciado à época.

Ainda da análise dos votos, não foi possível identificar a figura do juiz Hermes, pois, diferentemente de Júpiter e Hércules, é um modelo de juiz que não é identificável no passado e tampouco no presente, considerando que, por ser um ideal a ser perseguido no âmbito do Poder Judiciário – o perfeito equilíbrio entre o objetivismo e o subjetivismo –, a esperança é que ele seja identificável no futuro. E esse ideal a ser perseguido deve ser calcado no Estado Democrático de Direito que, muito embora possua seus defeitos, permite essa esperança, porque possibilita o aprimoramento da hermenêutica, da interpretação e da atuação judicial, ou seja, o aprimoramento de uma teoria da decisão capaz de efetivar na prática o perfeito equilíbrio entre, como na perspectiva de Ost, Júpiter e Hércules, capaz de atender às necessidades de um direito pós-moderno.

**REFERÊNCIAS**


ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Direito e Jurisdição: Três modelos de juiz e seus Correspondentes mitológicos na obra de François Ost. **Revista Direito Público**, 2011. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070. Acesso em 04 de jun. de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: https://www.e-publicacoes. uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em 09 jun. 2024.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília, DF: **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574.706 PR. **Supremo Tribunal Federal**, Paraná, PR, 15 mar. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706 PR. **Supremo Tribunal Federal**, Paraná, PR, 13 mai. 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756736801. Acesso em 07 jun. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GANDRA, Ives. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. *In:* **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro***,* nº 76, p. 217-218, abr./jun. 2020.

HABERMAS, Jungen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade**.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fonte, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fonte, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista Doxa**, 1993. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/. Acessado em 24 jun. 2019.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLES, Fabiana Marion. Júpiter, Hércules ou Hermes: reflexões acerca do liame discricionário interpretativo de cada um. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do direito. – 2. ed. – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos***:* uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUSTEIN, Cass. **Legal ressoning and political conflict**, 2nd Ed. New York: Oxford University, 2018.

WALD, Patricia M. **One Nation Indivisible, with Liberty and Justice for All**: Lessons from the American Experience for New Democracies, 59 Fordham L. Rev. 283 (1990). Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol59/iss2/3. Acesso em: 7 jun. 2024.