

MESA DE DEBATES DO IBDT DE 01/10/2020

Texto sem revisão dos participantes

A presente transcrição apenas visa ampliar o acesso à Mesa de Debates.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO não recomenda que a transcrição seja utilizada como fonte de referência bibliográfica, dada a natureza informal dos debates, a possível emissão de opiniões preliminares não conclusivas e a falta de revisão.

Integrantes da Mesa:

Dr. Ricardo Mariz de Oliveira

Dr. Luís Eduardo Schoueri

Dr. João Francisco Bianco

Dr. Luís Flávio Neto

Dra. Martha Leão

Dr. José Maria Arruda de Andrade

Dr. Fernando Zilveti

Dr. Bruno Fajersztajn

Dr. Fernando Facury Scaff

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Quero dar um bom dia a todos, agradecendo a presença. E vamos dar início à Mesa de hoje, na qual nós temos um tema que se iniciou, na verdade não foi o tema, mas foi a abordagem do Recurso Extraordinário 603.624 e que suscitou a questão do consequencialismo.

Antes disso, no Pequeno Expediente, eu queria comunicar a todos, nós temos recebido várias solicitações para que após o período de pandemia a Mesa de Debates continue a ser transmitida via Internet porque muitos associados são de outros estados, de outras cidades e têm, evidentemente, possibilidade de assistir as Mesas, o que não podem fazer quando elas são pessoais, presenciais lá no nosso auditório. Eu queria comunicar que nós, da diretoria, estamos estudando o assunto,

entendemos também que é uma boa medida, estamos verificando como fazer isso num futuro, espero que seja próximo. No Pequeno Expediente, alguma comunicação?

Sr. Salvador Cândido Brandão: Posso?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Sim, Salvador, bom dia.

Sr. Salvador Cândido Brandão: Bom dia, tudo bem?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Tudo bom.

Sr. Salvador Cândido Brandão: Não, é só um comentário sobre a consulta que saiu ontem, a número 101 da Cosit, é uma coisa que eu sempre defendi na época dos parcelamentos. Ela está certa, a Receita está certa, o acessório sempre, realmente, segue o principal. Então, eles estão dizendo que os juros dos parcelamentos são dedutíveis quando incidem sobre despesas dedutíveis. Por exemplo, no ICMS é dedutível, mas se for Imposto de Renda não é dedutível, porque o acessório segue o principal. Só que durante o parcelamento há dois tipos de juros, os juros sobre o principal que não têm efeito, porque o principal não tem redução, mas se ele for indedutível, os juros serão indedutíveis. Agora, na parte referente às multas, a Receita não observou esse critério. Os juros tinham uma redução diferente das multas e deveria ser a mesma redução já que o acessório segue principal, a mesma redução que é aplicada às multas deveria ser aplicada aos juros que incide sobre as multas, mas isso não aconteceu. Curioso, né? Só quando interessa.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: É verdade. Ok, obrigado. Luís Flávio.

Sr. Luís Flávio Neto: Bom dia a todos, obrigado, Ricardo. Eu queria aproveitar a oportunidade para falar do segundo edital que foi publicado no âmbito do Nupem, no Núcleo de Pesquisas do Mestrado. Na nossa última Mesa de Debates, nós adiantamos essa boa notícia. Então, queria agora informar a todos que está publicado no site do IBDT esse segundo edital, convocando pesquisadores de países ibero-americanos para que possam se juntar a esse grupo de pesquisa. Então, nós iremos selecionar ao menos dois pesquisadores de países ibero-americanos e até dois pesquisadores do nosso mestrado em tributação internacional do IBDT. E o projeto é para que nós trabalhemos em quatro etapas. Primeiro nós iremos nos debruçar sobre uma pesquisa a respeito de tributação de robôs, tributação do espaço, por exemplo, satélites, tributação de criptomoedas e também *blockchain* e os impactos sobre a tributação. Após essa pesquisa, eu vou coordenar um trabalho de preparação de apresentações de alto impacto. Então, nós teremos aí uma mentoria para apresentações. E essas apresentações serão finalmente realizadas no Encontro Anual do Observatório Ibero-Americano de Direito Tributário, em novembro. E a quarta etapa desse projeto, os ajustes finais, o trabalho final, após esse debate que vai ser realizado no observatório, para publicação dos artigos. Então, eu acho que é um projeto superinteressante, mais detalhes estão no site. Eu queria aproveitar a

grande presença aqui na Mesa de Debates para espalhar a boa notícia e pedir para que todos compartilhem a informação, e quem estiver interessado, de países ibero-americanos, que se candidatem. Obrigado, Ricardo.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Luís, só um esclarecimento, o Tax Moot a que você se refere em novembro é desse ano, né?

Sr. Luís Flávio Neto: Sim, exatamente. O Tax Moot é outra coisa. Esse encontro do observatório é superinteressante, ele tem painéis, ele tem esse Tax Moot também. Então, antes de começar o seminário, um dia antes, acredito que no dia 4, agora eu falo de memória, nós teremos o Tax Moot, e aí, do Brasil, geralmente nós temos alunos do IBDT, alunos da USP participando. A inscrição também consta bastante detalhada em como participar desse Tax Moot, no próprio site do Observatório Ibero-Americano de Direito Tributário que é: www.oiti.org. E aí, nos dias, nos dois dias subsequentes, nós temos uma série de painéis, incluindo esse que é um painel dedicado a esses quatro pesquisadores que nós estamos selecionando agora.

Sr. Luís Eduardo Schoueri: Bom dia, só para informar, na verdade, o observatório, o Tax Moot já teve as etapas preparatórias, por isso que só sobraram quatro equipes, que foram classificadas, tanto o IBDT quanto a USP, mas havia mais equipes antes. Agora, estamos nas quatro finalistas.

Sr. Luís Flávio Neto: Ou seja, quem olhar no site da Oiti, esse ano, agora, Schoueri, só para o ano que vem, já deveria ter olhado antes.

[falas sobrepostas]

Sr. Luís Eduardo Schoueri: Para a Tax Moot, mas nós tivemos outras equipes brasileiras também participando. Veja, está se alastrando, está alargando bastante. Até é importante dizer que a reunião do observatório é que a reunião, assim, matriz, é a principal, essa de quinta e sexta-feira, o Tax Moot era um anexo. Mas, de repente, parece que a gente fala muito do Tax Moot e não compreende que o Tax Moot é um preparatório, algo interessante para os jovens se aproximarem do observatório, mas não se perdem as reuniões do observatório em si.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Luís, eu fiz a pergunta porque o tempo está curto e espremido.

Sr. Luís Flavio Neto: Exatamente. Vai ser um trabalho intenso.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Outra comunicação?

Sr. João Francisco Bianco: Tem, temos o nosso grupo, hoje. Quem vai apresentar é o Demétrio e a Marina, queria pedir para a Marina, então, tomar a palavra. Marina.

Sra. Marina: Ok. Bom dia a todos, obrigada pela oportunidade de fazer esse destaque. Eu gostaria de chamar atenção para o julgamento da ADPF 189 que foi finalizada em Plenário virtual no dia 28 de agosto desse

ano. Foi uma ação distribuída pelo Distrito Federal em relação ao art. 41 da Lei Complementar 118 do município de Barueri, que previa uma série de deduções na base de cálculo na próxima do ISSQN, dentre elas, a dedução de tributos federais, mas também a dedução de atividades específicas, como, por exemplo, dedução de hospedagem e passagem, no caso de atividade de agências de turismo e repasses também para prestadores de serviços de saúde, no caso de operadoras de planos de saúde. O relator foi o ministro Marco Aurélio que foi vencido, ele entendeu que não caberia ADPF já que não haveria controvérsia, que não feriria o pacto federativo, mas apenas é uma controvérsia de apuração do preço de serviço. E restou vencido o voto do ministro Fachin, que foi acompanhado pela maioria, que concluiu que o artigo... havia uma usurpação da competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de legislação tributária e ofensas à alíquota mínima estabelecida pelo tributo em questão pelo poder constituinte no 88 do ADCT. Esse voto do Fachin, ele reforça um outro julgamento, que é da ADPF 190, onde ele concluiu e fixou a tese de que é inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISS fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional e também é incompatível com o texto constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pela 88 do ADCT. Tudo isso sem grandes debates, sem analisar os artigos, se, de fato, poderiam tratar de preço dos serviços das atividades e abre caminho aí para o questionamento de outras leis municipais nesse mesmo sentido. É isso. Obrigada.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado.

Sr. João Francisco Bianco: Marina, posso fazer uma pergunta, Ricardo?

Sra. Marina: Claro.

Sr. João Francisco Bianco: Eu queria que você explicasse um pouquinho melhor a situação de fato aí. Porque o que está me parecendo que o Supremo considerou como exclusão da base de cálculo, na verdade, são repasses que são feitos para terceiros e que está me parecendo, que até pela natureza jurídica desses repasses, não deveriam integrar o preço do serviço. Você podia esclarecer melhor o fato?

Sra. Marina: É, essa que é a grande questão e o meu grande incômodo em relação a esses dois julgamentos. Existe, de fato, uma previsão geral de dedução para todos os prestadores de serviços, de dedução dos tributos federais, e existem outras deduções específicas, que me parece muito... concordo com você, como pessoa, no sentido de que seria, na verdade, não comporia o preço do serviço. E, portanto, seria uma lei meramente declaratória, ela não estaria ali proporcionando nenhum benefício para esses prestadores de serviço, que seria questionável até entender que eu aplicaria o 88 do ADCT que fala em benefício. Mas os julgamentos, eles, em momento nenhum, pelo menos no voto do Fachin, ele não entra nisso, ele entende que não caberia a lei municipal dispor sobre a base de cálculo que não aquela já determinada pela Lei

Complementar 116, não adentra que a base de cálculo é o preço do serviço e esses pontos talvez não fossem preço do serviço das atividades. Apenas o ministro Marco Aurélio, que não recebeu a ADPF, ele inclusive havia negado seguimento em decisão monocrática, entendendo exatamente isso, que essa lei trataria da composição do preço de serviço de cada atividade e que não caberia.

Sr. João Francisco Bianco: Mas, Marina, desculpe interromper.

Sra. Marina. Claro.

Sr. João Francisco Bianco: Eu entendi que você mencionou a questão de agência de turismo.

Sra. marina: Sim, é que o ativo...

Sr. João Francisco Bianco: Quando a agência de turismo recebe o valor do cliente, uma parte desse valor, ela repassa para o hotel, para a companhia aérea, quer dizer, são valores que não são... não compõem o preço do serviço, não é custo da agência de turismo.

Sra. Marina: É uma prestação dela.

Sr. João Francisco Bianco: A prestação dela é o delta, é o diferencial, aquele, sim, é a comissão que ela recebe, mas os outros valores simplesmente são repassados para terceiros. Isso que eu sempre entendi.

Sra. Marina: Perfeito.

Sr. João Francisco Bianco: Só que nesse caso...

Sra. Marina: Eu entendi assim também.

Sr. João Francisco Bianco: No caso específico de agência de turismo o Supremo está dizendo que todo o valor integra o custo do serviço?

Sra. Marina: Não, o Supremo não analisou essa realidade, ele não pegou a lei e falou assim: vamos analisar aqui se estamos analisando se é preço do serviço ou não. Ele simplesmente concluiu: olha, lei municipal não pode dispor sobre isso, as únicas deduções permitidas são as que estão na Lei Complementar 116, que é aquela de construção civil. Eles não analisaram, e eu concordo com o professor nesse sentido, a minha crítica, meu desconforto é isso, não houve nenhuma ponderação em relação ao que seria preço de serviço dessas atividades e que se tratariam, em alguns casos, sim, de meros repasses. De que, na verdade, não é preço de serviço, seria direito desses prestadores não pagarem ISS sobre esses valores e que a lei municipal poderia ser meramente declaratória. Mas não se discutiu, não houve debate nessa perspectiva, nem da ADPF 189, que, na verdade, está igual, idêntico o voto à ADPF 190 que foi julgado em 2016. E essa tese fixada ignora isso, de que, por exemplo, a operadora de plano de saúde, está pacificada no Superior Tribunal de Justiça que os repasses feitos a terceiros, efetivamente prestadores de saúde, não compõem o preço do serviço da operadora de plano de saúde. Então, é

impressionante mesmo como não houve debate nesse sentido sobre esse julgamento no STF, por isso o meu destaque.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado, Marina.

Sr. Luís Eduardo Schoueri: Ricardo.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Eu queria lembrar, Schoueri, eu queria lembrar que essa parte é só de comunicação, né?

Sr. Luís Eduardo Schoueri: Sim, mas é curtinho.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Não é debate.

Sr. Luís Eduardo Schoueri: É curtinho, só para lembrar que houve, há muitos anos, tem um precedente que a gente esquece, que era um caso de fotografia e subcontratação de fotografia, que a gente fala que é de não cumulatividade do ISS. Mas é precedente do Supremo muito interessante dizendo que o mesmo serviço não poderia ser tributado duas vezes. Parece interessante os casos aqui narrados, porque existe um mesmo serviço tributado duas vezes, porque o serviço é um só, é só a viagem, não tem dois serviços. Então, é só esse elemento a mais. Obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Luís, a mesma observação, hein? Breve referência.

Sr. Luís Flávio Neto: Obrigado pela lembrança de que é Pequeno Expediente, mas, então, muito rapidamente. Bianco, eu concordo com tudo que você falou, mas há uma pequena curiosidade a respeito de agências de viagem, que nós temos a lei de 2007 que a lei geral do turismo, que um dos seus primeiros dispositivos ele fala, o preço, o que cabe às agências de turismo é aquilo que a agência de turismo cobrar do consumidor final ou as comissões que ela receber de prestador de serviço, ou ainda aquilo que ela conseguir adicionar àquilo que é cobrado pelo prestador final de serviço, já que a agência é uma mera intermediária. A minha única observação aqui é que curiosamente, de cabeça, o art. 46, salvo engano, dessa lei, que diria que a base de cálculo dos tributos da agência de viagem também é essa mesma base, esse mesmo preço. Esse dispositivo foi vetado à época e as razões de veto do ministro Mantega, que à época era o ministro da Fazenda, essas razões diziam que o valor da base de cálculo deveria ser global e que caso fosse considerado o valor líquido, por assim dizer, ou seja, aquilo que cabe apenas às agências, nós traríamos uma complexidade muito grande ao sistema tributário brasileiro e isso iria contra a todos os objetivos internacionais buscados pela tributação. É uma curiosidade.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Tem várias, né? Bom. Acho que podemos encerrar o Pequeno Expediente, João.

Sr. João Francisco Bianco: Não, não, não ainda temos o Demétrio. Rapidamente, Demétrio.

Sr. Demétrio: Bom dia a todos. Muito rapidamente, eu gostaria de noticiar o encerramento do julgamento do Recurso Extraordinário

1.090.591, era o Tema 1.042 da repercussão geral, em que importava definir se se constitui sanção política a retenção do bem objeto de importação antes do recolhimento integral dos tributos decorrentes de arbitramento fiscal. Havia uma controvérsia se se aplicava à Súmula 323 do STF, que estabelece que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. E ao final, restou provido o recurso da Fazenda Nacional para fixar a tese de que a constitucional vincular o despachado aduaneiro a recolhimento de diferença tributária apurada mediante arbitramento da autoridade fiscal. Era isso, professores, muito obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado, Demétrio. Bom, quanto a isso, só temos que lamentar mais uma mudança de posição do Supremo, né?

Se nós pudermos passar então para a Pauta, nós programamos, como eu já mencionei, um debate a respeito do consequencialismo a propósito do RE 603.624. Nós vamos ter dois professores expondo o assunto e depois nós todos debatendo, Fernando Facury Scaff e José Maria Arruda de Andrade. Eu não sei de vocês dois quem vai falar primeiro.

Sr. Fernando Facury Scaff: Bom, bom dia a todos. Acho que o Zé Maria deveria começar, porque ele ficou de fazer a parte geral sobre consequencialismo, não sei se estamos adequados, e eu comento a decisão.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Tá bom, então, Zé Maria, por favor.

Sr. José Maria Arruda Andrade: Ok. Bom, se bem que, Scaff, poderemos seguir assim, mas lá pelas tantas aí eu justificaria essa questão se tem ou não consequencialismo pelo voto. Então, de repente, eu posso até interromper numa parte e te dar a palavra para ter o relato do julgamento, do caso, você que foi parecerista, e eu volto, se o Ricardo concordar.

Sr. Fernando Facury Scaff: Tranquilo, a gente vai fazendo uma dobradinha, não há problema.

Sr. José Maria Arruda Andrade: Essa a gente tem experiência nos cursos de pós. Bom, bom dia a todos, a todos colegas, todas as colegas, bom revê-lo, Salvador, jovial e bem, estava com saudades. Então vamos lá. Esse tema do consequencialismo tem sido sempre evocado em relação a algumas decisões do STF. Então, para não tentar fazer uma exposição muito longa, eu vou tentar mais ser didático mesmo e tentar organizar os pensamentos. E aí, claro, eu acho que vai ter bastante debate, eventualmente eu volto para tentar, pelo menos, esclarecer alguns pontos do que eu falo.

O primeiro ponto, assim, numa primeira aproximação, sem maiores rigores, o que a gente poderia chamar de um consequencialismo jurídico, né? Eu acho que está ligado muito à ideia de uma necessidade de se observar, de se levar em conta as consequências existentes de uma

determinada decisão, ou seja, compõe a decisão, em maior ou menor grau, a gente vai ver, essa necessidade de analisar as consequências daquela decisão que está sendo proposta. A grande questão é que a gente pode criar algumas distinções. Eu não vou falar do aspecto filosófico do consequencialismo, é um debate antigo, muitas vezes se confunde com utilitarismo, por vezes, com o pragmatismo. Eu vou ficar mesmo no consequencialismo jurídico e bem próximo do que a gente tem ouvido falar.

Algumas distinções que eu acho que são importantes para a gente tentar cercar um pouco isso e não criar grandes fantasmas, né? A gente pode separar um pouco o que são argumentos consequencialistas de teoria consequencialista, ainda que uma teoria consequencialista se valha de argumentos consequencialistas. Eu digo isso porque, por vezes, você tem teorizações que podemos chamar de consequencialismo, ou seja, você constrói um arcabouço teórico que se vale desse tipo de análise de consequências. Então, uma teoria jurídica consequencialista A pode ser aquela que diz que na interpretação e aplicação de textos normativos você deveria levar em conta as consequências e talvez ela chegue até ao ponto de dizer que tipo de consequência, que tipo de aproximação, que tipo de testes de resultado. Isso seria uma teorização que sempre vai ser mais fácil encontrar na dogmática, na literatura e não necessariamente no exercício ou na metódica jurídica, ou seja, na aplicação diuturna do direito.

Argumentos consequencialistas, por outro lado, é algo muito menos comprometido com esse arcabouço com esse encadeamento. E, às vezes, você vai encontrar muitos argumentos consequencialistas numa decisão e isso não necessariamente leva a uma adesão daquele julgador à uma teoria, às vezes num determinado caso saem argumentos consequencialistas. Então, eu trago essa distinção só para falar que eu vou dar mais ênfase aos argumentos consequencialistas e não tentar abordar teorizações. Vamos direto mesmo àqueles ministros ou juízes, aplicadores do direito, enfim, que às vezes se valem de argumentos consequencialistas.

Outras distinções que eu acho importantes, que muitas vezes elas se confundem no debate do direito tributário, separar um pouco o que é argumento consequencialista de análise econômica do direito, são coisas distintas. Muito embora, uma análise econômica do direito possa se revelar consequencialista, mas não são coisas coincidentes. O argumento consequencialista é uma abordagem que defende uma determinada decisão a partir de juízo consequencialista. A análise econômica do direito já é uma proposta teórica específica, com uma certa história, de uso de instrumentos notadamente de microeconomia para a compreensão do direito, mas ela também se abre a muitas possibilidades e enfoques.

Podemos até dizer que análise econômica do direito, em seu sentido original ou tradicional, muito identificado com a Universidade de Chicago, se apresentou, em seus primeiros juristas ou 'juseconomistas',

cito aqui Richard Posner, o Robert Pock, como uma metodologia que fazia abordagens normativas e até consequencialistas. Mas esse tipo de afirmação também é muito polêmica, tem gente que vai achar que eles faziam muito mais uma abordagem descritiva. Então, não seria justo confundir, sobrepor essas questões. Existem formas de análise econômica do direito que são mais descritivas, outras que são mais normativas, existem abordagens que se valem da microeconomia mais neoclássica, outras que vão usar a economia comportamental, neoinstitucional, então, assim, seria confundir demais os temas.

Agora, o fato é, notadamente, o ministro Fux tem feito citações de autores clássicos de análise econômica do direito, próximos da análise econômica do direito, o que, de certa forma, ajuda a alimentar esse imaginário. Mas sobre isso eu posso falar depois, sobre alguns exemplos desse tipo de decisão que eu, já antecipando, não considero uma análise econômica do direito. Considero meramente citação de autores de análise econômica do direito, sem aqui qualquer crítica, aliás, prefiro que seja assim.

Outra questão que a gente tem que apartar um pouco, a análise econômica do direito não se confunde com considerações econômicas do direito tributário, notadamente, nessa visão que eu vou chamar aqui de espantinho que muitas vezes predominou no País, enfim, aquele fantasma, de certa forma, que a gente pode resumir na figura do Alfredo Augusto Becker, da necessidade de ter o direito tributário formalizado, distante da ciência das finanças, enfim, o formalismo jurídico. A análise econômica do direito não tem nada a ver com esse tipo de abordagem. E tampouco a análise econômica do direito se presta ou se prestaria de forma, *a priori*, a defesas de necessidades de arrecadação ou argumento de terrorismo fiscal, assim entendidos aqueles que defendem a constitucionalidade de uma norma, sob pena do rombo fiscal. Também são coisas diferentes.

A análise econômica do direito, se for pegar mesmo a base, os pressupostos de teoria econômica dela, seria mais fácil você tirar dela o liberalismo não intervencionista, que também defenderia, portanto, um Estado menor com menos tributação. Então, eu só coloco essas questões todas porque, no jornalismo jurídico, elas acabam se contaminando. Então, a análise econômica do direito não é simplesmente aquela coisa de chamar ISS de conceito econômico *versus* conceito jurídico, que é outro espantinho que acaba sendo utilizado, até como forma argumentativa daquilo que o Schopenhauer chama de manipulação semântica. Você coloca o rótulo de alguém de uma interpretação econômica para a pessoa já sair dali enfraquecida. Então, essas distinções são importantes. E talvez um outro ponto aqui relevante seria que o consequencialismo ou os argumentos consequencialistas que eu posso interpretar dessa forma, quer dizer, dentro dessa visão que são os argumentos que levam em conta o resultado ou as consequências de uma decisão, não necessariamente vai se confundir, eu posso ter pontos de contato com a teoria da argumentação. E aí a teoria da argumentação também, dentro de muitas possibilidades, vou ficar pelo menos naquela que é mais estudada no Brasil, de certas teorizações normativas de como

devem ser postos os argumentos de justificação de uma decisão. Geralmente, por serem normativas, elas tendem a dizer o que é uma decisão válida, que tipo de argumentos ou como eles devem ser postos. Não seria a única forma, eu particularmente estudo a teoria da argumentação pensando em um enfoque muito mais descritivo, aquele que reconstrói decisões do STF ou do Cade ou do Carf, sem tentar dizer o como eles deveriam julgar.

Feitas todas essas considerações e já antecipando que essa definição de consequencialismo que eu coloco aqui, no sentido de argumentos que levam em conta resultados, uma ou outra distinção importante é apartar consequencialismo forte e fraco. Não sou eu aqui... isso aqui é uma visão muito minha, de aula, enfim, mas essa distinção de consequencialismo forte e fraco, ela se apresenta muitas vezes. Cito por todos aqui, um texto muito interessante do Luís [ininteligível], professor que morreu muito jovem, da FGV do Rio. O consequencialismo fraco, eu poderia pensar como abordagens que levam em conta consequências das decisões, mas que são postas, muitas das vezes, num contexto mais amplo de uma argumentação para mostrar, argumentativamente, as distinções entre um determinado sentido de interpretação de uma norma de outro. Ou seja, vamos ficar aqui no Sebrae, o que tem ali no art. 149, inciso XIII, § 2º, enfim. Se abrem duas possibilidades, o rol taxativo, emenda constitucional que veio controlar, finalmente, as possibilidades de instituição de Cides e de contribuições sociais. E de outra... uma leitura que diz que aquilo não fecha necessariamente, que vai discutir o verbo poderão para dizer que não é exemplificativo... que é exemplificativo e não taxativo. Então, vejam dentro da possibilidade de construção do sentido do art. 149 acabam se colocando duas teses, e elas estão muito claras no decorrer do julgamento, de interpretação.

Então, um consequencialismo fraco seriam abordagens para falar: olha, eu estou achando aqui que é meramente exemplificativo ou que é taxativo, inclusive, senão a consequência seria isso, seria aquilo. O consequencialismo fraco, ele faz cenários de consequências de uma decisão ou de duas possibilidades de sentido, mas sem colocar isso como um critério decisivo para a compreensão do sentido. É claro que por ser uma dicotomia aqui, esses traços não estão tão claros, podem se revelar um pouco subjetivos na reconstrução de uma decisão, mas essa seria, metodologicamente, dizer o que seria consequencialismo fraco.

Agora, um consequencialismo forte já seria aquela entre, muito embora se pareçam cenários interpretativos, eu coloco como central no meu argumento que tipo de consequência pode ter e qual eu privilegio, em detrimento, isso é importante, muitas vezes ou pelo menos muitas vezes em detrimento do texto posto. E aí, sim, eu teria uma... posso até estar seguido de uma teorização para dizer: olha, o direito deve levar em conta, por exemplo, a maximização do bem-estar do consumidor, ou o direito deve levar em conta a aproximação com valores, o direito deve levar em conta a proteção dos mais pobres. É muito curioso que em teorias fortes, normativas e notadamente consequencialistas, você encontra tão facilmente alguém que defenda um desses exemplos ou alguma coisa

parecida, mas que seja frontalmente contra os outros, o que é a típica manifestação em torno dos valores.

O Carl Schmitt, já na década de 60 do século passado, ele chamava atenção para isso, a tirania dos valores. Os valores tentam se impor e para se impor, eles precisam se impor frente aos outros que o desafiam. Então, um consequencialista mais forte ou um teórico vai aceitar, por exemplo, que você faça juízos de consequência de uma decisão levando em conta expressões como maximização de eficiência ou bem-estar do consumidor. Mas repudiaria se, no caso de dúvida, você decidisse em favor do pobre, ou seja, o Judiciário como engenheiro social para a emancipação social, aqui pensando numa escola alternativa do direito, aquelas escolas marxistas que a gente estudava antigamente. Então, quer dizer, a metodologia pode até parecer igual, mas o norte magnético, como eu gosto de chamar, para onde aponta a bússola são antagônicos. E aí eu também vejo muitas vezes nesses espantalhos do jornalismo jurídico, muita gente criticando os argumentos consequencialistas quando são contrários à sua tese, mas louvando aqueles mesmos argumentos consequencialistas. E aí eu estou, na verdade, considerando-os inclusive fracos, consequencialistas, argumentos de consequencialismo mais fraco, ou seja, não radicais nesse sentido, fraco versus forte, mas, por outro lado, aceitando tranquilamente. Depois a gente pode voltar, mas argumentos foram postos ali de consequências dos dois lados, das duas teses.

E também preciso chamar à atenção que a doutrina do direito tributário é marcada por um fator muito característico que é o engajamento profissional. Eu pego do João Maurício Adeodato, mas ele está falando do direito constitucional em geral, e eu do direito tributário. Onde muito da produção acadêmica é voltada à uma visão que o contribuinte tenha o maior espaço de liberdade possível, o Estado vai praticamente aparecer como inimigo de todos. Então, essa questão, se tantas decisões são 6 a 5, ora a favor do contribuinte, ora contrário, e você vai classificar quais são as boas decisões, não se espante se você encontrar grandes professores colocando só onde o contribuinte virou majoritário. Então, isso é uma característica, e eu falo isso de uma forma muito descritiva e não fazendo aqui grandes críticas. Eu acho que agora a gente começa a ver juristas, professores que realmente, ora estão de um lado, ora de outro, e no IBDT, aliás, temos vários exemplos. Posso citar aqui o debate sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo PIS e Cofins onde você vê muitos da Mesa falando: olha, eu nem vou entrar no mérito daquela decisão, só estou agora analisando as consequências, os resultados práticos dela.

Dito tudo isso, dentro desse consequencialismo, eu vou propor só um último critério de análise, que é esse que eu tenho trabalhado mais quando estudo teoria da argumentação, que é separar argumentos de justificação que levam à uma decisão daqueles argumentos outros que aparecem como uma função mais de erudição ou alegoria. Confesso que em muitas palestras eu chamava isso um pouco de chantilly, sabe? Mas

eu estou tentando melhorar esse vocabulário para alguma coisa como argumentos alegóricos de adereços e contextualizantes.

Vamos lá, outro dia, não lembro qual o voto, não lembro bem, acho que foi do ICMS interestadual na circulação de mercadorias e estabelecimentos na mesma empresa, se não me engano, algum dos ministros citou São Thomas de Aquino. Disso a gente não tira maiores consequências, não vai ao Jota não vai ao falar ao Conjur falar que o STF virou tomista, né? Mas, de repente, aparece ali uma análise econômica do direito e, talvez, quem não me conheça vai me ver, talvez, como um grande defensor da análise econômica do direito, que eu estou tratando bastante dela, mas, de repente, vem uma citação de análise econômica do direito e falando: nossa, o STF foi tomado por uma teoria que vai ser perigosa, etc. E eu não estou querendo minimizar riscos aqui. Mas é que se você analisar os argumentos postos para a decisão, as consequências, aqueles argumentos se perdem naquilo que a gente está acostumado a chamar de *obiter dictum*, enfim. Eu, que tratei muito do ISS nas farmácias de manipulação, citei um pouco isso de um exemplo de um argumento que estava lá posto no *obiter dictum*, mas eu acabei colocando uma luz nele, porque ele refletia bastante a posição do STF atual, que é aquela, né? A lei complementar nacional coloca serviços, os serviços não podem naquela lista, isso é válido, mas eu não posso colocar ali alguma coisa que não seja ontologicamente serviço. Aí de repente vem a ministra e fala, muito embora a jurisprudência possa reconhecer alguma coisa que não seja serviço dessa lista, desde que não esteja na competência do IOF ou do ICMS. Quer dizer, isso me parece que explica muito a jurisprudência atual do STF em torno do ISS. Mas não foi a forma como ela articulou a decisão dela, mas ela entregou isso em determinado parágrafo que eu coloquei uma luz.

Dito isso, muitas vezes eu tenho visto decisões, argumentos consequencialistas ou doutrina que pode ser, muitas vezes, confundida ou identificada com o consequencialismo, mas não é a razão última do decidir. Eu vou citar aqui uma decisão do Fux que eu acho que notadamente ele é o ministro que tem falado mais de consequencialismo, gosta, tem dito que gosta, enfim. E teve um caso que ele julgou justamente a majoração da CSLL para as instituições financeiras e seguradoras. É a ADI 4.101 e a 5.485, um julgamento de 6 e 20. Ora, ele vai lá e cita o Richard Posner, no livro *Análise Econômica do Direito*, que é o bem Richard Posner ali de início, e começa a falar da questão da importância da economia, como se a escolha, a ciência da escolha racional, começa a falar de uma abordagem de direito econômico para o direito tributário, a ideia da lei da demanda e maximização das utilidades, alocação de recursos de forma mais eficiente, premissas que poderiam ser dadas à tributação, e eficiência locativa na tributação como maximização. Depois, ele chama a atenção para considerações do Posner sobre o tributo único, o imposto *per capita*. Fala das consequências da tributação em produtos onde se encontrem inelasticidade, quer dizer, você consegue tributar aquilo porque não há muitas escolhas para os consumidores, então, aquele tributo vai ser repassado num preço pronto,

não vai diminuir o seu consumo, tudo isso, tudo isso. Mas antes disso ele tinha dito do texto constitucional que autorizaria essa distinção seria mais o caso de dizer se ela seria válida ou não, mas o tempo todo ele também menciona a jurisprudência do STF que sempre aceitou essa distinção para as instituições financeiras ao pagar a contribuição social sobre o lucro, tudo isso para dizer o quê? Ora, teve análise econômica do direito? Teve Richard Posner? Teve juízo sobre como deve ser a tributação? Sim, mas me pareceu que a decisão foi, alegação da decisão, como eu gosto de estudar na teoria da argumentação, a contribuição social majorada é constitucional, por quê? Por conta das características do nosso sistema tributário. Essa foi a primeira razão que ele coloca, estaria na Constituição. Aí nas garantias de que o sistema tributário leva a essa conclusão, ele apresenta a história jurisprudencial e também aí ele coloca, sim, essa questão da inelasticidade, Richard Posner, formas de manifestação de riqueza. Mas a decisão dele foi o quê? A constitucionalidade da Lei 11.727 de 2008, por conta do art. 195, § 9º da Constituição e uma ausência de antinomias. Vejam, o que eu quero dizer aqui, eu também já disse em algumas outras oportunidades, é que se você tirar aquele Richard Posner, não muda o resultado da decisão.

Então, eu não quero me adiantar muito, porque o Scaff participou ativamente desse julgamento, mas eu só vou pedir então ao presidente que eu possa voltar depois dele para que eu termine. Mas eu vejo, basicamente nessa discussão do Sebrae, na última fala do ministro Fux, claro, um consequencialismo assumido ali, de que tem que ser levado em conta, o que a gente vai colocar no lugar se for declarar inconstitucional. Agora, o que isso significa no julgamento, um, não tem o voto dele ainda, e dois, veja, era microfone aberto para ele, como presidente, falar: ah, deixa eu aqui cumprir a minha função de desempatar e depois eu apresento o voto. Então, a gente precisa levar em conta se esse consequencialismo está sendo levado realmente a ferro e fogo ou se ele é um argumento para mais uma justificativa.

Eu nunca lembro de onde eu li isso, mas tinha uma questão lá que era 12 motivos para não dar um tiro de canhão. O primeiro deles é que você não tem pólvora, mas nós, no direito, a gente apresenta 12 razões para não dar o tiro, e 1 delas, de repente, você se empolga para falar da importância da paz no mundo, de levar em conta o amor e a fraternidade. Vejam, talvez a razão de decidir mesmo de não dar um tiro seja a pólvora, essa seja a razão forte, e essa questão da paz é uma vontade sua de dar um fôlego a isso.

Agora, eu não poderia passar a palavra ao Scaff sem falar alguma coisa antes. Tudo que eu disse só faz sentido a partir de um ponto de partida que é interpretar, no meu entender, é construir um sentido a partir de textos normativos à luz de um caso concreto. Hoje em dia, falar isso já não soa radical, posso citar aqui Eros Grau, [ininteligível], Humberto Ávila, que consideram o texto normativo como um ponto de partida de uma decisão. Mas eu vou além, além no sentido de distanciamento, para dizer que o texto normativo é o ponto de partida, mas dizer que o resultado de uma decisão guarda referência ao ponto de partida é uma

outra coisa, porque eu não tenho como segurar essa ideia de que é um ponto de partida, mas que no final você interpreta, porque as decisões são simplesmente radicais entre A e B, entre sim e não, ser preso ou não ser preso, pagar ou não pagar tributo, e elas são 6 a 5. Então, não posso dizer que o 6 está certo porque foi contribuinte ou o 5 está errado porque foi contra o contribuinte ou a favor do contribuinte, é muito arbitrário. Então, quando eu considero interpretar como... interpretar e aplicar como uma construção de sentido onde eu não posso teorizar sobre as razões de decidir dos ministros, eu abandono todas essas tentativas de mapear o Fux ou qualquer outro julgador e só levo em conta o quê? Aí, sim, o papel da teoria da argumentação, quais foram os argumentos postos por ele naquela decisão para chegar àquela conclusão. Independente se aquilo foi estratégico ou não, se ele usou o voto do plano de saúde para tentar, de repente, construir um novo entendimento sobre serviços que pode ser útil em outro caso. Esse tipo, a gente pode fazer ilações, mas eu entendo que a teoria da argumentação deva reconstruir os argumentos. E aí, nesse sentido, eu só vou levar em conta argumentos consequentialistas e eu sou contra eles, acho importante dizer, já escrevi isso, tem na própria RDTA. O consequentialismo *a contrario sensu*, inclusive mais teórico, eu só vou levar em isso em conta se ele não foi ali um jogo de erudição ou um exercício para tentar defender aquela sua interpretação jurídica: olha, eu acho que é constitucional, [ininteligível] eu acho que é inconstitucional. Inclusive, para reforçar o meu posicionamento, eu diria que, olha, o Marco Aurélio soltou uma ironia ali, falou, essas entidades estão muito bem, não precisam, quase dizer, não precisam mais desse dinheiro. Vejam, é um comentário, mostra muito dos seus valores ou da sua compreensão, mas não é a razão de decidir dele, a razão de decidir dele foi o art. 149, tá bom?

Eu acho essas são as considerações iniciais sobre consequentialismo, claro que eu posso ir para algo mais aprofundado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Passo a palavra imediatamente para o Fernando Scaff.

Sr. Fernando Facury Scaff: Bom, pessoal, primeiro lugar, bom dia a todos, é um enorme prazer rever a todos e estar no IBDT. Eu normalmente compareço, fico quietinho aprendendo com vocês, isso é sempre um dado. Rever Ricardo, Schoueri, João, João Bianco, bancos escolares, João, não tinhas a barba branca, Zilveti, todo mundo. Não vou falar especificamente sobre o consequentialismo depois dessa aula que o Zé Maria nos deu, mas vou colocar quatro tópicos antes de entrar no debate, certo? Então, só posicionando, o Zé Maria disse que eu participei ativamente do julgamento. Não participei, Zé Maria, eu não votei. Eu tive a honra de ter o meu parecer citado pelo ministro Gilmar. E mais, fiquei mais honrado quando vi que quem deu pareceres também para o Sebrae foi o ministro aposentado Carlos Mário Veloso e o ministro Carlos Ayres. Pelo menos esses dois eu recebi cópias dos pareceres, ou seja, também a favor do Sebrae. E o ministro, ao invés de citar os colegas aposentados, me citou, fiquei honrado, não tem dúvida. Então, nada de ativamente, não votei. E, claro, que vi também o parecer contrário do colega, não sei

se está na Mesa, mas é amigo de todos, é um colega de departamento, do Prof. Humberto, douto, claro, dado posteriormente ao meu, douto professor, e um parecer muito erudito no sentido contrário. Então debates existiram e, cá entre nós, 6 a 4 demonstra que o assunto estava dividido, ok?

Então, preâmbulo para fazer os quatro pontos, Ricardo. O primeiro ponto, sou contra o consequencialismo, isso é um erro. Tudo que o Zé Maria falou sobre consequencialismo atinge em cheio o estado democrático de direito, eu acho que esse é um ponto importante a ser dito. Você decidir pelas consequências é um erro enorme. E eu não sei se o Supremo tem esse hábito de decidir pelas consequências. Se fosse um hábito decidir pelas consequências, não teria havido aquela decisão com um impacto enorme do ICMS na base de cálculo PIS Cofins, todo mundo conhece, não precisa aprofundar o assunto. Como vários outros, aí o risco que se ocorre é aquilo que o Zé Maria bem apontou, é usar, atacar de consequencialista aquilo que é contra a minha posição. Não, de jeito nenhum. Então, vamos posicionar nesse sentido. 1. Consequencialismo é algo que atinge em cheio o estado democrático de direito e é ruim, o decidir pelas consequências é ruim, vamos firmar isso. 2. Tem que olhar a distinção entre decidir pelas consequências e olhar as consequências. Zé Maria apontou, mas eu quero destacar. Uma coisa é você dizer: a lei diz isto e as consequências disso serão aquelas. Mas a lei diz isso e eu vou atender a lei e o Supremo tem que decidir pela norma, não tem dúvida. O olhar as consequências é outra coisa, então, fazer a distinção desse ponto. Terceiro ponto, a questão dos votos versus o discurso. O que quer dizer isso? Uma coisa é o que está escrito, o meu voto é construído da maneira A, B, C, com base no precedente, com base na norma A, B, ou o que seja, outra coisa que nós adotamos foi a ideia de televisionar as sessões do Supremo. Então, e acho, vou dar um dado antigo, mas acho que só o Brasil e o México fazem isso, não conheço, talvez isso já tenha mudado, repito, o dado é antigo. A hipótese de você colocar as sessões do Supremo direto na câmera. Existem estudos já que apontam que os acórdãos se multiplicaram a partir do vídeo, ou seja, o sujeito quer fazer uma grande exposição, ficar bem. Aí você muda o perfil de consequencialista para discursivo, porque tem um voto escrito e tem o discurso na televisão, tá certo? Então, aqui também tem uma diferença a ser considerada, e o Zé Maria bem apontou isso também quando falou do voto do ministro Fux. Eu poderia colocar outros votos, Zé Maria, dentro daquele negócio porque assisti uns pedaços, assisti o julgamento, não, mas vi o vídeo do julgamento e vi outros eminentes ministros se referindo, inclusive, ministros que estão nos quatro, na minoria, se referindo inclusive ao ministro Paulo Guedes. O ministro Paulo Guedes disse que tem que desonerar a folha, nós temos que auxiliar, etc., etc. Será consequencialista também nesse sentido ou ele está apenas sendo discursivo?

Então, deixo o debate do consequencialismo para o Zé Maria, que já bem colocou, e vou para o quarto e último antes de analisar o caso concreto. O quarto último é um assunto que eu já discuti com o Schoueri algumas

vezes, que é uma cilada, uma cilada que as palavras nos levam. Vamos lá, vamos distinguir, primeiro, petição de parecer, como distinguir? A petição, a pessoa, nós, advogados, assinamos pedindo algo em nome de terceiros. Então o cliente A contrata o João Bianco, e o João Bianco vai lá e assina uma petição, um mandado de segurança, ou o que seja, e assina por procuração do sujeito. Então, ele pode até dizer ao cliente: olha, eu tenho toda convicção de que o senhor tem razão, mas quem vai decidir é o órgão julgador, etc. e tal. Ou até dizer: olha, acho que você não tem razão, mas aqui você ganha um tempo. Sei lá, o que o João vai dizer ao cliente dele. Mas ele está assinando aquilo pedindo. Um parecer é algo *ex doutrina*, o que não quer dizer só por doutores e nem quer dizer só por docentes, ok? Mas é algo que te procuram e dizem: você está convencido dessa petição... dessa posição, desculpa, dessa posição? E você vai ter que, com toda a tua honestidade intelectual, sob a fé do teu conhecimento, dizer: eu estou de acordo ou eu não estou de acordo. Portanto, em algumas situações, você tem que dizer a quem te procura, e eu já comentei isso com o Schoueri, você tem que dizer, recentemente eu fiz isso, e dizer: olha, não me convenci da tua tese, desculpa, ou não posso dar um parecer porque eu estou achando muito interessante, até assinaria a petição, a petição contigo eu assino, porque a gente vai junto, mas eu dar um parecer dizendo ao juiz, aos acionistas, ou ao *compliance*, ou a quem quer que seja que você tem razão, eu vou botar posição? Não, não, não, mas petição é outra coisa. Então, vamos distinguir parecer de petição. E aqui vem a cilada. Quando se começou a dizer que existem teses jurídicas, os nossos amigos que vivem das teses jurídicas, isso impactou a universidade, sem dúvida, porque o sujeito que tem uma tese jurídica onde ele assina com petição, ele acha que aquilo é uma tese jurídica que se defende como uma tese de doutorado e isso é um absurdo. É só um registro para mostrar que são coisas diferentes, então, não é um pacote único.

Feita toda esta explicação vamos chegar ao caso, ok? Não sei, Ricardo, se é adequado, a minha ideia era projetar só a Constituição, não quero projetar slide, projetar nada. Mas se a gente olhar a Constituição, eu mostro a trajetória do meu entendimento, por que dei um parecer e estou absolutamente convencido da posição que assumi, aquele negócio, não defendi tese, entendi dessa maneira. Então, se me permitem, eu vou tentar, minha habilidade com isso não é das maiores, mas eu vou tentar projetar aqui e vou projetar a Constituição. Não achem que vai ter alguma coisa muito particular.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Você não está dizendo que não é uma coisa muito importante, né?

Sr. Fernando Facury Scaff: Eu disse sofisticada de projeção, eu não tenho essa categoria toda.

Sr. José Maria Arruda Andrade: Afinal, tem juristas consequencialistas muito mais importantes que ela.

Sr. Fernando Facury Scaff: É. Deixa eu ver se dá para todo mundo ver. Dá para enxergar?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Sim.

Sr. Fernando Facury Scaff: Está com tamanho adequado?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Tá bom.

Sr. Fernando Facury Scaff: Todo mundo conhece a Constituição. O que eu quero mostrar apenas é qual foi o raciocínio que eu apresentei, e apresentei e tem causado alguma surpresa, porque achei que, nesse caso, o fisco, aspas, o Sebrae tinha razão. Por que isso? Vamos lá, qual foi a construção feita? Art. 149, compete exclusivamente à União instituir, olha aqui, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, interesse de categorias, etc. Vamos aqui embaixo para o § 2º. As contribuições sociais e de intervenção, repara, as duas estão aqui agarradinhas, estão juntas, contribuições sociais e intervenção em domínio econômico de que trata o caput desse artigo, isso foi incluído pela Emenda 33, está aqui colocado, § 2º, vamos ao inciso III, poderão ter alíquotas. Reparem, grande parte, não tudo, mas grande parte da discussão está nesse poderão. Então, pergunta-se, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico que trata o caput, que é o art. 149 que todo mundo conhece, poderão ter alíquotas ou só poderão ter alíquotas? Esse foi o cerne, Ricardo, de toda a discussão, em grande parte. Este poderão é restritivo, só poderão ter alíquotas ou está dito aí que é um poderão como um poderão também ou é também uma faculdade? Esse era o debate central em curso.

Vamos lá verificar as situações. Não vou dizer de onde vem essa emenda constitucional, o que acontecia no Brasil e no mundo em 2001. A ministra Rosa Weber isso no voto dela como relatora, e o meu parecer é após o voto dela, ok? Eu vi toda a construção que ela fez e disse, ela foi pelo conceito histórico e no sentido histórico da interpretação. A ideia, naquele sentido, está demonstrada que era apenas para as Cides, entendeu? Que era para aumentar o espectro das Cides para colocar *ad valorem* específica, como uma alternativa ao debate.

Aqui uma notinha de rodapé, Ricardo, uma notinha de rodapé. Antes mesmo de parecer, dessas coisas todas, eu conversava com um colega nosso que tinha que fazer avaliação de risco. e na avaliação de risco deste caso, antes do julgamento, ele colocava que o risco de perda, neste caso, era remotíssimo, estava tudo tranquilo. Eu fui ler aquilo, mas como, me explica melhor, ele dizia: “Scaff, está lá escrito, olha lá, só poderão ter alíquotas”. Eu disse: Meu Deus, será que me escapou isto, só poderão ter alíquotas? Eu não li isso. Aí eu fui à norma e voltei, porque não está escrito. Ele botou entre aspas na avaliação de risco dele “só poderão ter”. Eu digo: Meu amigo, não tem o “só”. Ele disse: “Como, não tem o ‘só?’” Não, não tem, não está escrito “só”. E ele até olhou e disse: “Ah, esse estagiário. A culpa virou do estagiário, é óbvio, ele transcreveu errado, alguma coisa assim”.

Vamos voltar. Ricardo, então, o que tem aqui? Está aqui que as contribuições sociais de intervenção de domínio econômico poderão ter alíquotas. O que está apontado? Está apontado que no julgamento só se tratava das contribuições de intervenção do domínio econômico. Todavia, se só poderão, se se entendesse que só poderão ter alíquotas, as contribuições sociais estão aqui agarradinhas, do lado. Qual é a consequência disso? Vamos dar um salto para o art. 195. As contribuições sociais nas quais estão subsumidas as previdenciárias, segundo vastíssima, remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o século passado e reafirmada no presente século, comentam: a seguridade social financiada com os seguintes recursos, das contribuições sociais e vem aqui do empregador da folha de salários. Ora, se lá atrás no art. 149, incisos II e III, volto para lá, se coloca que só poderão ter alíquota as Cides, as contribuições sociais seguiriam o mesmo caminho, porque a folha de salários está aqui, e só poderiam ter *ad valorem* específica, não cabendo a hipótese de folha de salários.

Com isso, eu vou parar aqui a apresentação da Constituição, que eu estou apresentando e que todo mundo conhece, óbvio, mas é só para fazer *ictu oculi*, qual foi a construção feita. Portanto, não está escrito “só poderão” e nem “poderão apenas”, e tem uma dúvida aqui colocada, qual foi a interpretação que fiz? Que esse “poderão” foi ampliativo. E aonde fiz isso? Fiz isso em casos e em vários outros autores e estou convencido que aquilo não foi uma ampliação. Contra o contribuinte? Ah, talvez, mas é o que eu li no texto.

Aí tem o segundo ponto, e esse segundo ponto é importantíssimo, que é um *obiter dictum*, feito, registrado pela ministra Rosa Weber referente a um julgado anterior que eu tenho aqui, vou pegar a minha cola, você não acha que tenho a memória de vocês, de citar jurisprudência assim de memória. Então, tem aqui, é o RE 559.937 do Rio Grande do Sul que foi relatado pela ministra Ellen Gracie. Neste caso, tem perdido no meio de uma discussão sobre a constitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS Cofins em caso de importação, numa discussão de valor aduaneiro, tem lá, no meio do debate, uma ou duas frases da ministra Ellen Gracie tratando de que também aqui haveria uma inconstitucionalidade que seria restritiva à interpretação.

Ora, nesses trechos comentados da decisão desse caso da ministra Ellen Gracie, vou simplificar e chamar apenas do caso anterior, isto era *en passant*, isso não era o cerne do debate. Ela disse isso às fls. 11, ela disse isso às fls. 12. A ministra Cármen Lúcia também, no meio do acórdão, fez incontáveis *obiter dictum* comentando sobre generalidades, aspectos de diversas naturezas. Esses aspectos, inclusive, que a ministra Cármen Lúcia vai e vem, e disse: poderíamos pensar assim, acho que não cabe, poderíamos pensar assado, acho que não cabe. Então, neste sentido, deslocado do contexto, poder-se-ia dizer que aquelas frases duas, três que ali, nas páginas 11 e 12 do acórdão Ellen Gracie, que aquilo tinha se transitado em julgado, que aquilo fazia parte do *decisum*. E estou convencido de que não fazia parte do *decisum*, era um *obiter dictum*, e

um *obiter dictum* no sentido lateral e não no cerne da questão. É claro que se tivesse havido um precedente, aqui eu vou grifar e destacar toda a doutrina do Prof. Schoueri sobre o uso da jurisprudência nestas questões. Uma coisa é ser algo central ao debate, é ser o cerne daquela discussão, outra coisa é ser um debate periférico, ser alguma coisa que é comentado *en passant*. E que o Supremo está cheio dessas questões, onde você dá um valor excessivo àquilo que não é cerne do debate.

Portanto, esse julgado anterior que considerei e considero algo lateral, um *obiter dictum*, talvez tenha sido o ponto central que tenha chamado a atenção de vários colegas no sentido de dizer que o Supremo já tinha afirmado aquela posição. E entendo, com toda a tranquilidade, que aquilo não havia sido afirmado, aquilo havia sido algo colocado fora do cerne central do deciso. Por isso se deve estudar jurisprudência de uma maneira muito mais detalhada do que tem sido feito habitualmente, onde, por um lado alguns colegas só citam a jurisprudência que lhe é a favor, o que eu acho adequado em termos de petição, é uma estratégia. Em termo de petição é uma estratégia e apoio, em termos de parecer jamais. Por isso, há de haver uma distinção entre que tipo de documento você está assinando, se é um parecer, onde você põe a fé da sua convicção e vai defender onde for, estou defendendo aqui entre amigos, num lugar que frequento desde a época do Ruy Barbosa Nogueira e o Eliseu. O Ricardo usava, era cabelo preto, o João não tinha barba branca. Então, nesse sentido, confortável, convencido de que naquele caso não tinha razão. Talvez num outro caso o Sebrae esteja errado, talvez num outro, e por aí vai.

Então, acho que, Ricardo, neste sentido, e finalizando, eu vou repetir mais na linha do Zé Maria, o que o ministro Fux fez e outros ministros fizeram até aqui foi um discurso consequencialista, não vi os votos, não vi, mas vi votos em diversos... quer dizer, vi discursos consequencialistas, mas não sei se os votos são. Da minha parte, não vejo consequencialismo na defesa que apresento e mostrei o raciocínio. Sobre debate, se quiserem discutir, já vi que o Bianco e a Martha estão com a mão levantada, entendeu? E acho que o Supremo tem que melhorar a sua forma de julgar, porque do jeito que está, está uma bagunça muito grande, porque você não tem, e aqui vou ao Código de Processo Civil, coerência, consistência dentro da jurisprudência adotada. Mas isso é outra prosa para outra ocasião que refoge à questão do consequencialismo e vai na linha de uma coerência jurisprudencial. Ricardo, não sei se expus de maneira satisfatória, mas gastei uns 20 minutos, acho que já falei demais. Agradeço a atenção de todos, obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Scaff, muito obrigado, também a você, Zé Maria. As exposições foram brilhantes, é óbvio, e eu gostaria de deixar tempo para o debate, mas eu passo a palavra ao Zé Maria que já tinha reservado antes.

Sr. José Maria Arruda Andrade: Isso, porque eu não quis antecipar, eu achei que eu fosse ser o segundo a falar. Antes que a gente caia nesse debate que provavelmente vai ser acalorado, eu acho importante a gente

ver quais foram os argumentos postos para a decisão, nesse caso específico. Se a gente pegar, eu não estou querendo dizer qual é a tese que deveria prevalecer, foi bem equilibrado o placar, mas vamos começar pelo voto que prevaleceu que é o do Alexandre de Moraes. Como eu o reconstruo dentro da forma como eu estudo teoria da argumentação. A decisão, eu começo aqui pela decisão e depois retorno ao artigo. A decisão é: Sebrae e as demais são constitucionais. Qual que é o primeiro fundamento que ele dá? Ora, o art. 149, o próprio art. 149, o inciso II, dizendo que não há uma taxatividade ali de forma genérica. Que garantias que ele dá que esse art. 149 que não seria taxativo de uma forma generalizante leva à conclusão da sua decisão pela constitucionalidade? Ele aponta, ora, a própria Emenda Constitucional número 33, que veio para dar um contorno constitucional mais flexibilizante para a Cide combustíveis, né? A própria história das contribuições, sobre aquelas contribuições que, no ato, estavam sendo questionadas, que não existe um precedente forte naquela decisão do Cofins importação, que acho que ali foi quando se diz: ah, o rol é taxativo. Eu falei: pronto, nasceu uma tese. Eu lembro de chegar a clientes por causa da decisão do Cofins importação, do valor aduaneiro. Então ele diz: olha, aquilo não foi *ratio decidendi* daquela decisão, foi em torno da expressão valor aduaneiro, mas não como a taxatividade.

Então, vejam, esses foram os argumentos postos de garantia teórica para a interpretação do art. 149. Qual foi o fundamento jurídico da decisão dele? O art. 149. Isso, para quem não acha que existe o certo ou errado na hermenêutica, atende os pressupostos do teste do pedigree, você está discutindo em torno do art. 149. As demais decisões, Marco Aurélio, que acompanhado da ministra Rosa Weber, fizeram do art. 149, como fundamento jurídico para inconstitucionalidade, ilações de interpretação. Eu vi, no extrato do... no YouTube ali todos eles discutindo o art. 149, discutindo se tinha ou não tinha precedente, se era taxativo ou se não era taxativo, escapava ali algum comentário. No Alexandre de Moraes, assim, no finalzinho, ele falou, puxa, e veja a importação das microempresas no nosso ordenamento. E é fato, eu tenho o art. 3º, tenho o art. 170, ele coloca ali como o sistema constitucional protege a microempresa. Mas assim, um argumento, absolutamente de erudição, de mais fundamentos, não é ali ele fala “é inconstitucional, mas porque a microempresa e a pequena empresa devem prevalecer, eu supero a inconstitucionalidade”. Em todos os votos aconteceram esse debate, para mim, em torno de juízos interpretativos do art. 149, por conta da emenda constitucional.

Agora, é fato que o ministro Fux pede a palavra ao final, de uma forma muito pragmática, a sessão foi bem ligeira, falou: bom, a minha função aqui não é trazer mais problemas, é ajudar a tomar decisão, e ele fala: olha, a gente tem que levar em conta a forma, a interpretação, a forma escoreita da lei, porém, a Constituição não está parada no seu tempo, algo que o Eros Grau não diria algo diferente, porque se é texto normativo que produz normas diferentes, então, a Constituição é atualizada, né? Devemos mantermos, aí começam os argumentos estranhos, deveremos

manter o *status quo* do padrão civilizatório, etc. Há uma abordagem teleológica, ele foi jogado mesmo, ele falou tudo isso aí em um minuto e meio. E aí depois ele começa uma interpretação que seja contextualista e por que não consequencialista, a gente que tem que levar em conta as consequências do que a gente colocaria no lugar. O que deu a entender que ele tem essa... e é claro que ele tem, ele sempre fala disso, a preocupação com as consequências de uma decisão contra o fisco. Mas, no final ele falou tudo isso para dizer: eu tenho um voto que não vou ler agora, mas eu acompanho o voto do Alexandre de Moraes. Então, assim, num esquema de contencioso tributário que é Fla-Flu, contribuinte versus estado, fica muito fácil você pegar raiva disso. Eu não gosto de consequencialismo, eu não gosto de um monte de coisa, eu sou positivista não inclusivo, não gosto de neoconstitucionalismo, enfim, mas pegar isso... O Lewandowski usou argumentos consequencialistas, eu estava conversando com o Scaff ontem ou anteontem, não, antes, para um outro sentido, para um outro lado. Mas também não foi determinante no voto do Lewandowski, ele estava muito mais reforçando o voto da Rosa Weber. Então, assim, claro, na hora de defender na Tribuna a inconstitucionalidade, enfim, mas esse julgamento, não.

Agora, existem outros tantos julgamentos onde parece que a questão arrecadatória ou o impacto das contas parecem ser mais importantes do que a interpretação. E se alguém está tão preocupado assim com a questão dos consequencialismos ou da penetração de valores outros, é bom lembrar direito penal, né? Pega aquele julgamento, por exemplo, da prisão em Segunda Instância, você vai ver ali o quanto tem o sentir do povo, as aberturas epistemológicas generalizantes. Aí você vai ver como o pessoal de penal deve estar sofrendo. É isso, presidente.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado. Pessoal, nós temos cinco pessoas, cinco colegas pedindo a palavra. Eu peço a todos que sejam o mais breve possível e eu vou respeitar a ordem das mãos levantadas. João Bianco.

Sr. João Francisco Bianco: Bom dia a todos. Parabéns ao Zé Maria e ao Fernando. É sempre um prazer participar dos debates com o Zé Maria, especialmente o Fernando, nosso colega de mestrado da década de... muitas décadas atrás.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Século passado.

Sr. Fernando Facury Scaff: Não conta, não conta, que fica feio.

Sr. João Francisco Bianco: Não, naquela época, o Ricardo tinha cabelo preto, e eu tinha a barba preta, e o cabelo do Fernando...

Sr. Fernando Facury Scaff: Já não tinha, não tinha.

Sr. João Francisco Bianco: Vamos mudar de assunto.

Sr. Fernando Facury Scaff: Já não tinha, não adianta.

Sr. João Francisco Bianco: Mas o que eu queria trazer aqui para a discussão é o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro, porque eu sei que parece que no chat já está havendo alguma discussão nesse sentido. Mas a pergunta que eu coloco é a seguinte, tudo bem, o Zé Maria expôs muito bem a questão do consequencialismo como uma teoria de argumentação e, para efeito de argumentação, para efeito de formação da convicção, de foro íntimo, se eu for dizer no meu voto por que eu convenci, ou por que não precisa, é teoria de argumentação. Mas a partir do momento que veio a Lei de Introdução, o art. 20, e regulamenta o consequencialismo, a pergunta é: os juizes estão vinculados ao art. 20 na hora de decidir? Se eles não estão vinculados, para que serve o art. 20?

E eu lembro que no ano passado, no nosso congresso, houve um painel sobre consequencialismo com a presença do Prof. Humberto Ávila e do Prof. Floriano. E o Floriano, que ele é coautor desse texto da proposta, da redação do texto da lei de introdução, ele foi muito claro. Esse consequencialismo de dizer que o estado precisa arrecadar não tem nada a ver com o art. 20, o art. 20 não tem nada a ver com isso, o art. 20 é outra coisa. Aliás, a Martha fez, ao finalzinho dos debates, a Martha fez uma pergunta muito pertinente justamente para confrontar o Floriano com essa questão. Bom, mas tem juiz que acha que a prevalência do interesse público, do interesse arrecadatário, o interesse arrecadador, arrecadatário deve prevalece sobre interesse particular. E aí, então, liberou geral, vale tudo. Então, veja, se o interesse da arrecadação sempre vai prevalecer, então, para que nós vamos ao Judiciário? Já faz o cheque e acabou a discussão. Talvez a Martha possa até dizer, esclarecer melhor daquilo que eu estou falando de lembrança, mas o fato é que o art. 20 não tem nada a ver com isso. E a questão é a seguinte: o juiz está vinculado ao art. 20 na formação da sua convicção? E se ele não está, para que serve o art. 20, então?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Martha, eu vou te passar a palavra, mas se me permite, eu queria fazer uma rápida afirmação minha em relação ao que o Bianco está colocando. O art. 20 não está sozinho no ordenamento jurídico. E, acima dele, nós temos a Constituição que diz que sem crime não há pena e sem lei não há tributo. De modo que nessas, pelo menos nessas duas áreas, nós temos mandamentos constitucionais superiores que inibem o juiz de aplicar o art. 20. Mas, Martha, por favor, minha opinião, viu? Desculpa.

Sra. Martha Leão: Imagina, obrigada, Ricardo. Bom dia a todos. Então, primeiro mencionou esse ponto que o João trouxe. Eu me lembro perfeitamente disso no ano passado, porque o Prof. Floriano falou: “Não, isso seriam consequências externas, né? Então, não vale, eu estou falando de consequências que poderiam ser reconduzidas ao texto”. E aí eu trouxe para ele o caso das contribuições sociais, em que se reconduz ao texto essa finalidade de ter dinheiro suficiente para custear direitos sociais, enfim, essa finalidade, todo mundo reconhece isso no caso das contribuições sociais. E aí eu falei para ele que nesse tipo de caso, no Supremo, se trazia as consequências, se trazia essa ideia de que deveria prevalecer esse interesse público em função da função social exercida por esses tributos. E aí ele fugiu da resposta, ele disse: “Não, mas nesse caso

está errado e pronto”. Também, enfim, não se comprometeu muito com a pergunta.

Aí acho que essa é uma ótima discussão, enfim, também uma discussão que envolve consequencialismo. E confesso que sigo a linha do Ricardo, no sentido de que não acho que essas regras se aplicam ao direito tributário, porque, inclusive, são mais restritivas do que as regras que a gente já tem no CTN com relação à proteção à confiança e segurança jurídica, por exemplo, se não quiserem ir para a Constituição.

Só, enfim, então, contribuindo para o debate que eu acho que já foi muito bem colocado, enfim. Eu acho que no caso do Sebrae, a dificuldade, assim, eu confesso que eu sigo, assim, tenho um outro entendimento com relação à jurisprudência do Supremo. Lógico que não... assim, eu acho que seria ingenuidade de nossa parte achar que os ministros do Supremo que chegaram, enfim, no mais alto cargo do nosso Judiciário vão chegar lá e vão dizer: eu estou julgando com base nesse argumento consequencialista e ponto final. Embora tenha sido uma coisa muito parecida com o que o ministro Fux fez nesse último julgamento, mas assim, acho que é ingenuidade nossa pensar que eles vão escrever isso num voto e que não vão reconduzir isso de alguma forma à Constituição. Então, é lógico que a Constituição é o ponto de partida e é lógico que os ministros voltam à Constituição.

A questão é que me parece e que, assim, um exame mais metucioso do que algumas decisões do Supremo tem mostrado, especialmente em âmbito tributário, é que os ministros têm usado o que a gente chama de um consequencialismo por dentro, que é um consequencialismo na interpretação. Eu uso um argumento consequencialista para interpretar de uma determinada forma, para tornar um caso fácil difícil, para dizer que haveria uma abertura semântica, para dizer que um precedente não é um precedente. É lógico que eu tenho bons argumentos aqui dos dois lados, enfim, mas o argumento que pareceu prevaleceu para quem acompanhou o julgamento. E isso ficou muito claro para quem ouviu o julgamento inteiro, foi esse argumento no sentido de que teria um impacto dramático, para usar uma expressão usada pelo ministro Barroso, de que eu teria que usar argumentos metajurídicos e de que, hoje em dia, eu preciso fazer uma interpretação consequencialista, que é uma frase *ipsis litteris* do ministro Luiz Fux. Eu não estou colocando palavras na boca de ninguém, são frases utilizadas. E ele não reconduziu isso ao art. 149. Ele não falou eu estou dizendo porque é o ‘poderão’ é assim ou assado, ou porque no português, tendo por base aqui que está ali nas bases de cálculo, poderão serem alíquotas tendo por base a base de cálculo, mas não, eu vou focar no ‘poderão’ porque é isso, por causa do motivo A, B e C, eu acho que esse ‘tendo por base’ não importa, enfim. Não foi feita essa reconstrução.

Então, voltando à questão do precedente, eu acho que o precedente é muito claro nessa mudança de perspectiva do Supremo. O Supremo em 2013, gente, ele julgou se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS Cofins importação violava ou não violava a Constituição. Eu não tenho

como aceitar que é, vamos lá, que seria, o 'poderão' aqui seria exemplificativo e manter essa decisão. Porque se ele é exemplificativo, por que o legislador não podia usar uma coisa diferente do que o valor aduaneiro? Não podia utilizar valor aduaneiro mais ICMS ou mais qualquer outra parcela? Porque se não era obrigatório, como que eu vou declarar inconstitucionalidade? Como que eu vou declarar inconformidade com esse mesmo dispositivo que não mudou o texto, simplesmente porque o legislador colocou uma parcela a mais? Então, dizer que era *obiter dictum* porque isso estava no voto da Ellen Gracie, eu acho que é uma reconstrução apenas parcial daquilo que foi julgado. Porque o Supremo julgou o fato de que o legislador usou valor aduaneiro mais uma parcela extra, mas se o legislador podia ou não podia usar o que estava no art. 149, por que ele não podia ter colocado o ICMS? Então, não faz sentido, do ponto de vista da reconstrução desse precedente, dizer que ele não era uma decisão no sentido de que era obrigado o legislador a seguir o que estava no art. 149.

Então, o que acaba sendo feito? Eu uso um argumento consequencialista, o fato de que eu não vou gostar do efeito da decisão, que é o Sebrae não vai ter como se manter, o Sebrae não vai ter recursos suficientes. E eu uso esse argumento para reconstruir não só o dispositivo da Constituição, mas reconstruir a minha própria decisão anterior que era unânime. E eu reconstruo essa decisão a partir desse ponto de vista e aí eu mudo a minha própria jurisprudência. Então, eu uso a consequência que, por dentro, é lógico que eu não chego lá e digo: olha, simplesmente por causa disso eu vou usar só esse argumento. Seria ingênuo da nossa parte achar que um ministro do Supremo vai escrever isso num voto, mas isso não significa que essa não é a construção do pensamento que está. E é lógico que durante a fala isso se torna mais claro.

Então, para usar a frase do ministro Luiz Fux: hoje, mais do que nunca, é preciso que se faça uma interpretação consequencialista. Evidente que o ministro tem, enfim, liberdade para fazer isso, né? Enfim, eu adoro a frase que a gente cunhou dizer, enfim, professor erra, enfim, diz coisas que a gente pode não estar de acordo e isso não os vincula, mas o ministro do Supremo diz as suas coisas e isso vincula, cria precedentes. Então, a gente tinha um precedente anterior, unânime, em 2013, sobre o mesmo dispositivo, com a mesma discussão e agora a gente tem um precedente novo, por 6 a 4, enfim, como já colocado. E esse precedente leva em consideração argumentos consequencialistas, enfim, estejamos de acordo com eles ou não. Acho que essa é uma nova realidade, e a gente tem que lidar com ela.

Eu sei que eu já falei muito, então, só para encerrar, gente, eu recomendo fortemente, para quem gosta desse assunto, um trabalho primoroso escrito na Universidade de São Paulo, que é um trabalho da Daniela Gueiros Dias. A Daniela agora é doutoranda em Cambridge, em filosofia do direito, mas escreveu um trabalho sobre consequencialismo na USP, ano passado, maravilhoso, recomendo fortemente para quem quiser estudar esse assunto. Obrigada.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Onde está publicado o da Daniela, Martha?

Sra. Martha Leão: Ainda não saiu, mas tem na faculdade, na biblioteca da faculdade. Com certeza ela mandaria para quem pedisse, ela escreveu um ótimo trabalho.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado. Salvador Júnior, por favor. Salvador?

Sr. Salvador Cândido Brandão Júnior: Não, eu não pedi a palavra, não.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Não?

Sr. Salvador Cândido Brandão Júnior: Deve ter sido o meu pai. Foi você, pai?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Não, foi... Que pena, Salvador Júnior.

Sr. Salvador Cândido Brandão Júnior: Desculpa, desculpa.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Talvez, num certo momento estava com a mão levantada, mas tudo bem. Fernando Zilveti.

Sr. Fernando Aurélio Zilveti: Bom, gente, sobre o consequencialismo acho que não vou ficar me estendendo porque já se falou bastante, talvez com muita paixão, como é a característica do Zé Maria, e com bastante erudição. Mas o que eu vejo, assim, que os argumentos utilizados pelo Scaff na análise constitucional, eu não consigo entender da mesma forma pensando na Constituição que a gente tem, tão rígida. E esse 'poderão', embora não seja dito 'só poderão', ele é um 'poderão' de acordo com a característica da Constituição e da forma como ela está escrita, de modo a não permitir uma interpretação dessa natureza, o constituinte deu ao legislador uma abertura maior para que ele possa então escolher outras formas não descritas no texto constitucional, como está expressamente restrito na minha forma de entender, dado o tipo de Constituição que nós vivemos. Qualquer outro argumento me parece um pouco extraconstitucional. Então, a gente fala de um consequencialismo, mas, assim, algumas interpretações nós falamos seguidamente em constitucionalismo ou Constituição quando não necessariamente está lá. Então, por isso eu acho o 'poderão' é 'só ou não', isso é uma questão que está no texto constitucional. E, claro, essa é uma convicção que o meu querido amigo Fernando Scaff teve para fazer seu parecer, mas aqui a gente está numa Mesa de Debates. Obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Arthur Ferreira Neto, por favor.

Sr. Arthur Ferreira Neto: Olá, bom dia, Ricardo, bom dia, colegas, é uma alegria estar aqui de novo com vocês. É um tema que é do meu maior interesse, e eu vou tentar ser bastante breve, Ricardo. Até porque eu participei desta Mesa que foi citada pelo Bianco no congresso do IBDT do ano passado e também tive a honra de ter referência por dois ministros

de trabalho meu nesse mesmo julgado que nós estamos aqui discutindo. O que me deixa alegre, mas preocupado, porque os dois ministros que citaram esse meu artigo tiveram votos com conclusões divergentes, né? Então, me preocupa ver uma citação por dois lados opostos, estou me sentindo meio Paulo Coelho do tributário, cada um interpreta do jeito que quer o meu texto.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: É que você está muito vago, viu?

Sr. Arthur Ferreira Neto: Exato, eu estou meio Paulo Coelho, assim, quem lê o meu texto interpreta o que quer. De qualquer forma, eu também gostaria de cumprimentar o Prof. Scaff, o Prof. Zé Maria pela brilhante exposição, mas acho que o interessante da Mesa é divergir e não concordar e por isso eu vou apresentar algumas... são dois pontos só que eu quero fazer. Um em relação ao consequencialismo, e outro em relação à ruptura de paradigma que eu acho que o Supremo criou nesse caso do Sebrae, que é muito preocupante, e a Martha já deu alguns alertas quanto a isso. Em primeiro lugar, em relação à fala do Prof. Zé Maria, eu vejo como impossível separar, como ele fez, teoria consequencialista de argumento consequencialista. O arcabouço teórico é pressuposto para bem compreender o uso de argumentos. Então essa espécie de fragmentação de discurso gera muitas das discussões que estão sendo aqui trazidas e toda a polêmica que é gerada. E por isso, uma, para mim, divergência importante é que a gente precisa se dar conta que o consequencialismo é natural ao raciocínio humano, não existe um raciocínio não consequencialista. Na verdade, quando se defende um anticonsequencialismo está se pregando um consequencialismo de segurança, eu quero cumprir as regras porque as regras são condensadoras de consequências. Eu não quero que as pessoas fiquem avaliando a melhor consequência. Portanto, todo raciocínio é constitucionalista. Quem vai estudar neurociência, quem vai estudar inteligência artificial hoje vai perceber que os autores, todos dessa área, defendem que o consequencialismo é inerente ao pensamento humano. Pois bem, se isso é verdade, se essa premissa é correta, a gente tem que avaliar que tipo de consequencialismo o nosso Judiciário vai poder adotar, tal como já foi aqui alertado na fala do Bianco. Então, por isso, nós temos que ver o consequencialismo explícito e o consequencialismo implícito, porque todos os nossos raciocínios são consequencialistas. E por isso, me preocupa muito esse caso do Sebrae, porque entendo eu que aqui se instaurou um novo tipo de consequencialismo, que não é exatamente igual ao consequencialismo que nós vimos nas modulações de efeito, que é muito debatido, o Prof. Humberto tem o seu livro de segurança jurídica que é brilhante nesse ponto. E nós temos, então, na modulação de efeitos um consequencialismo que leva em consideração a inconstitucionalidade da lei. Na modulação de efeitos, a lei é inconstitucional, mas as consequências exigem que algum tipo de ponderação dos efeitos seja realizada. Mas nesse caso do Sebrae não foi isso que foi decidido. A gente não tem todos os votos, mas eu, exatamente pela citação que recebi, acompanhei todo o vídeo no dia, parecia final de

Copa do Mundo, a gente vibrava a cada voto. E ali a gente percebeu que o voto do Alexandre de Moraes que já tinha circulado antes foi, de fato, o voto condutor, como o Prof. Zé Maria mencionou aqui nas mensagens. Mas se a gente analisar o teor do voto do Barroso, do Gilmar Mendes e do Fux, o voto condutor, ou a condução da justificação deles é puramente consequencial, mas é consequencial de um modo perigoso, por quê? A validade do tributo, ela é afirmada com base nas repercussões econômicas, isso não ocorre nos casos de modulação de efeito. Ou seja, um tributo é válido, é compatível com a Constituição porque se ele for inconstitucional, a repercussão orçamentária, o abalo econômico é enorme. E percebam, aí entra o ponto do consequencialismo que tem que ser bem analisado, porque esse consequencialismo, ele é irracional, ele é parcial, ele não leva em consideração as outras consequências. As consequências, por exemplo, de gerar um precedente que vai gerar um absurdo estímulo à produção de qualquer tipo de lei inconstitucional, porque é analítico de um tributo gerar repercussão econômica negativa quando inconstitucional. Então, se a consequência gerar abalo orçamentário suficiente para manter a validade de um tributo, a partir de agora, todos os tributos podem ser afirmados como constitucionais, simplesmente porque se forem declarados inconstitucionais, abalo econômico haverá. Vejam como isso é diferente do caso da modulação de efeitos. Modulação de efeito era: o tributo é inconstitucional, mas infelizmente nós vamos ter que ponderar os efeitos e restringir o direito do contribuinte à devolução. O que foi decidido aqui no caso do Sebrae é extremamente grave, muito mais perigoso do que se criou até agora. Desculpe me estender, Ricardo, mas é algo que eu tinha que desabafar.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Não, excelente, Arthur. Imagine, o que é isso? Estamos aqui para emitir as nossas opiniões. Pedro Adami.

Sr. Pedro Adami: Bom dia, Ricardo, aos demais. Eu tinha até baixado a minha mão, Ricardo, mas eu vou rapidamente, comentar o mencionado também indiretamente pela Martha, que é, enfim, o consequencialismo em si, ele não é ausente de críticas. O uso do consequencialismo, ele vem sendo debatido há décadas na filosofia. Alguém lembrou no chat da Enskon, desde que a ideia foi criada, ela vem sendo debatida de forma muito crítica por filósofos muito competentes. Então, eu me lembrava de um texto do Niudahumelin, que é um filósofo alemão, onde ele pretende tratar do consequencialismo e 85% do livro é sobre as críticas do consequencialismo. Então, ele faz 15% de apresentação do consequencialismo e depois ele descreve, no resto do livro, todas as potenciais críticas que o consequencialismo tem. E lembrando dessas críticas, me ocorreu que esse julgamento é possível a gente vislumbrar alguns problemas, que, nesse caso específico, o consequencialismo traz.

Eu tinha, nas minhas anotações, seis delas, mas para ser breve eu vou tratar só de três. Que a primeira, efetivamente, lembrada por esse filósofo alemão é uma relativização de direitos individuais. Veja, os instrumentos para a restrição e limitação de direitos individuais conhecidos pela Constituição são todos instrumentos normativos, eu não restrinjo

direitos individuais por meio de consequências. Ainda que eu consiga ver consequências benéficas na restrição aos direitos fundamentais individuais, eu preciso de instrumentos normativos. Simplesmente alegar consequência para restringir direitos, aqui no caso o direito dos contribuintes, não está de acordo com, pelo menos a nossa estrutura constitucional. A segunda crítica que me parece bastante relevante é sobre um ônus argumentativo dado ao decisor, por quê? Porque o uso de consequências, ele permite três coisas citadas por ele. A primeira é uma falsificação estratégica de dados. Eu não estou dizendo que aqui houve isso feito pelo ministro, de forma alguma, eu quero dizer aqui: o uso do consequencialismo permite que eu, estrategicamente, utilize informações, talvez, não as mais verdadeiras. O segundo é a manipulação das informações. Então, eu uso apenas aquelas informações que eu quero e que me levam ao resultado esperado. E a terceira é o enfraquecimento intencional e estratégico de argumentos contrários. Então, eu não considero com a mesma relevância argumentos contrários, ainda que também consequencialistas, mas, por exemplo, argumentos normativos, porque eu já tenho as consequências ao meu lado.

E o terceiro, aqui para encerrar, a terceira crítica que poderia ser feita é um problema epistemológico no consequencialismo. Vejam que nós, seres humanos, detemos uma racionalidade limitada, o que chama em inglês de *bounded rationality*. Nós não conhecemos tudo, nós temos pressão de conhecimento, pressão de tempo, pressão, enfim, de capacidade de avaliar todas as consequências. Quando o julgador fala em consequências, ele está falando nas consequências que ele conhece, que ele consegue prever e que ele tem capacidade de compreender. Mas vejam, consequências existem de primeira ordem, de segunda ordem, de terceira ordem, existem cadeias de consequências, existem consequências próximas, consequências imediatas, consequências mediatas, consequências distantes. Tudo isso, quando se fala em consequencialismo, deveria ser levado em conta e não o é. O que a gente tem são simplesmente as consequências imediatas e próximas e que são compreensíveis.

E por fim, o Arthur mencionou e eu vou fazer coro a ele, existe o risco moral, o *moral hazard*, no consequencialismo, porque ao utilizar determinadas consequências eu legítimo, então, que as consequências sejam utilizadas nos casos futuros. E em matéria tributária é: sempre haverá dano ao erário quando uma norma for declarada inconstitucional. Então, eu peço desculpas por ter tomado tempo. Ricardo, muito obrigado pela oportunidade, estava excelente o debate. Obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Pedro, excelente a sua apresentação, intervenção. Eu tenho até vergonha de falar mediante tanta cultura que foi exposta por todos que participaram aqui, mas eu sou uma pessoa mais simples e mais prática.

[falas sobrepostas]

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Sempre tem uma consequência, né? Se o indivíduo cometeu um crime e for para a cadeia, a família, coitada, vai sentir saudade dele e vai aumentar a população carcerária. E no direito tributário a consequência da aplicação da norma é por bem ou por mal do fisco e do contribuinte, ora é para o bem de arrecadação, ora é para o bem do contribuinte que pagará menos ou nada. Bom, nós temos dois minutos, com a palavra pedida do Scaff e o Zé Maria.

Sr. Fernando Facury Scaff: Ok, posso rapidamente?

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Pois não.

Sr. Fernando Facury Scaff: Então, senhores, rapidamente, aproveitando o fantástico debate que a gente está tendo. Art. 20 da Lindb. Aquilo, João, foi feito pela turma do direito administrativo, não tinha a lógica do tributário, mas está na norma, tem que ser cumprido. O problema é que não se pode raciocinar o consequencialismo, quer dizer, além das várias considerações feitas pelo Pedro, julgar pela consequência. Que tem consequência, Ricardo, tem, claro que tem, tudo tem consequência, para o fisco, para o contribuinte, Ricardo com a razão, mas não se pode julgar pelas consequências, esse é o ponto central. Então, aquilo quer dizer: olha as consequências, mas não julgue pelas consequências, um.

Dois, eu não estou convencido de que nós tenhamos tido, Martha, um precedente anterior. Eu continuo achando que é um *obiter dictum*. Não temos tempo, mas estou à disposição para a gente continuar essa prosa a hora que você quiser. A meu ver, não tem. E a meu ver, o art. 195, que trata das contribuições sociais previdenciárias, está vinculado ao art. 149, sim. Infelizmente a jurisprudência do Supremo é pacífica nisso desde o século passado, uma pena.

Zilveti, não podia deixar essa bola quicando, você levanta a bola, a gente tem que cortar. Estou de acordo com você, mas vamos pensar juntos, vamos sair dos impostos e vamos olhar as taxas e contribuições que estão ali no art. 145, estou citando de memória que já não é boa, incisos II e III. Lá está dito que os estados, União, poderão cobrar taxas em razão do poder de polícia, etc. Isso quer dizer que toda vez que tiver exercido o poder de polícia eles terão que cobrar a taxa ou quer dizer que eles poderão cobrar a taxa? Toda vez que tiver uma contribuição de melhoria, uma situação que enquadre uma contribuição de melhoria será obrigatória a contribuição de melhoria? Claro que não, é óbvio. E aqui, notinha de rodapé muito breve, você tem um artigo na Lei de Responsabilidade Fiscal que vai falar de impostos, tributos, uma outra confusão que não tem tempo para discutir. Mas esse é um grande ponto para debater, por isso que eu acho que o 'poderão' ali tem uma característica de que não 'só poderão'.

Ainda sobre a Martha, olha, o texto da Daniela é ótimo, vale a pena conhecer, tem que levantar a bola, orientada do Prof. Humberto, ótimo, e a minha conterrânea, opa, paraenses em alta, não tem dúvida, tem que ver que é de qualidade.

Eu podia falar muito mais, mas vou parar por aqui e outra oportunidade a gente volta ao tema, estou sempre presente aqui, vou passar ao Ricardo para a condição final. Muito obrigado.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Fernando, é claro, nós todos poderíamos falar muito mais e você também, obviamente, o Zé Maria.

Sr. Fernando Facury Scaff: Mas com um teto de tempo, não é teto de gastos, é teto de tempo.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Zé Maria, você consegue falar em um minuto, Zé Maria? Um minuto, hein?

Sr. José Maria Arruda Andrade: Já gastei metade abrindo o microfone. A distinção que eu fiz, só um comentário ao Arthur, que eu gosto muito e é um grande colega, a distinção entre argumentos consequencialistas e teoria consequencialista é que nós, como gostamos de teoria, a gente tem essa tentativa de colocar e teorizar tudo e tentar ligar pontos. E aí a gente exige demais de julgadores, de achar que está todo mundo sendo consequencialista e não há uma teoria ali, pode ter no máximo uma citação de um autor. Então, quando eu separo uma coisa de outra, é reconhecer os argumentos postos. Vejam, tudo que eu estou falando tem como pressuposto filosofia da linguagem, está aí uma forma descritiva de teoria da argumentação onde eu não quero dizer o que é o certo ou errado. Vejam que eu fui muito neutro, ou achei que fui, em dizer que tem argumentos que eu entendi jurídicos e balastreados em direito posto dos dois lados, e um ou outro comentário dos dois lados sobre consequências. Então, era essa a consideração, não tentar tirar das minhas convicções de como deveria ser. As decisões têm que ser fundamentadas com base no direito posto, essa é a minha postura, positivismo, Constituição. Então, esse ponto.

Sr. Presidente Ricardo Mariz de Oliveira: Obrigado, Zé Maria. Eu vou encerrar. Uma observação rapidíssima, a norma tributária, como outras normas, ela tem um antecedente e um conseqüente, conseqüente. O conseqüente é pagar tributo ou não pagar tributo, dependendo da hipótese ser de isenção ou de não evidência. O que eu coloco no ar aqui é uma indagação, pode o legislador mudar o conseqüente que está tão claramente determinado na norma ou ele pode criar um conseqüente sem um antecedente em norma? Essa... queria colocar essa indagação que permeou tudo que foi discutido aqui e, evidentemente, a indagação dentro do direito tributário.

Obrigado pela presença de todos. A semana que vem nós teremos dois assuntos muito interessantes na Pauta, convido a todos a participar. E se quiserem mandar algum outro tema, nós colocaremos na Pauta, se houver tempo, ou senão, fica para a semana subseqüente. Muito obrigado a todos. Bom dia.

Sr. Fernando Facury Scaff: Bom dia, obrigado a todos. Foi um prazer revê-los.

*Eu, Patrícia Toledo, estenotipista, declaro que este documento, segundo
minhas maiores habilidades, é fiel ao áudio fornecido*

REVISADO POR: V.L.